۱۱۲۷۳-ف
کتابخانه مجلس شورای ملی
کتاب شرح قصیدی ابن محمد جلد ثانی
مؤلف ابی المظفر اقطع (احمد بن محمد البغدادی)
موضوع
شمارهٔ قفسه ۱۰۴۰۲۵
شماره ثبت کتاب
۸۷۷۵۸
۱۰۵۲۴
بازدید شد
۱۳۸۵
۱۴۲۲۵

۱۱۲۷۳-ق
۱۰۵۴۳
کتابخانه مجلس شورای ملی
کتاب شرح قدوری (صحیح بخاری) جلد ثانی
مؤلف ابی المنصر اقطع (احمد بن محمد البخاری)
موضوع
شماره نفیس ۱۰۴۴۵
شماره ثبت کتاب
۸۷۷۵۸
بازدید شد
۱۳۸۵
ملی - فهرست شده
۱۴۲۲۵

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم

## كتاب المأذون

الاصل في جواز الاذن التجارة العبيد ما روي ان النبي عليه السلام كان يركب الحمار ويجيب دعوة المملوك ومعلوم انه لا يجيب دعوة المحجور عليه فدل انه كان يحجب المأذون وروي انه كان للعباس رضي الله عنه عشرون عبدا كل واحد يتجر بعشرة الاف قال رحمه الله اذا اذن المولى لعبده في التجارة اذنا عاما جاز تصرفه في سائر التجارات بشتري ويبيع ويرهن ويستدين وذلك لان الاذن العام يتناول جميع التجارات لتجارات تصرفه فيها بمقتضى الاذن واما قوله يشتري ويبيع فهو اصل التجارة فيتناوله الاذن والرهن والارتهان ايضا من جملة التجارة وهي من عاداة التجار وكل ما كان من عاداة التجار فالاذن يتضمنه وعلى هذا اخذوا ان المأذون شارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة لان من عاداة التجار قال وان اذن له في نوع منها دون غيره فهو ماذون في جميعها وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان لا يجوز الا في ذلك النوع وهو قول زفر وبه قال الشافعي وجه قولهم ان الاذن بهذا الطريق اسقاط الحجر لكان العبد له قول صحيح وانما منع من التصرف لاجل الحجر بالرق فاذا اذن له المولى زال الحجر وصار كانه اعتقه ولو اعتقه لم يخصص تصرفه كذلك اذا اذن له ولانه يتصرف لنفسه دليل انه لا يرجع بالدين على مولاه فصار كالحاتب وجه قول زفر ان التصرف مستفاد بالاذن فيتقيد بما اذن فيه وجب ان يكون متصورا على موضع الاذن اصله المضارب والوكيل والجواب ان المضاربة لا تجوز الا في مال رب المال فجاز ان تخصص تخصيصه والاذن بالتجارة يجوز ان يرجع الى محض مال المولى فلذلك لم تخصص تخصيصه واما الوكيل فليس بمحجور عليه وتصرفه جائز وانما منع لاجل مال الغير وقد زال المنع بالتوكيل والاذن في مسئلتنا الحجر منع التصرف فاذا زال لم تخصص تصرفه كالعتق قال وان اذن له في شيء بعينه فليس بماذون وهذا الذي ذكره قبل ان رسله ليشتري له ثوبا او يحاجم ابنه او ثوبا لكسوة المولى او لكسوة العبد او طعاما لاهله وذلك لانه لم يفوض اليه الرأي وانما عين له التصرف فهذا استخدام ولو جعلنا ذلك اذنا للتعذر على المولى استخدام عبده وقد قالوا اذا اراد المولى عبده بيع متاعا له او تقوه لم ينهه كان ذلك اذنا من المولى للعبد في التجارة والحجر بيع العبد المتاع الا ان ما لك هو استحسان والقياس ان لا يكون اذنا وبه قال الشافعي وجه الاستحسان ان العبد

لانه من عاده ان يظهر او يصيفوا ترغيبا للعاملين فالاذن يتبع على ما تعتاده التجار
واما الكثير فلا يوجد فيه هذا المعنى فلم يجز له فعله وقد روي ان سلمان الفارسي اهدى الى النبي
عليه السلام وهو مملوك فاكل واكل اصحابه معه وعن عكرمة انه سئل عن العبد يتصدق بما
بالرغيف ونحوه وقد قال الشافعي رحمه الله ليس للماذون ان يحذو الوليمة ولا يهب الطعام ولا عنبا
ولا خوخا فان فعل لكل ما اجرت به عاده التجار والدليل على جوازه ما روي ان سلمان الفارسي كان
مملوكا فجاء الى النبي عليه السلام بطبق رطبا وقال هذا صدقة فقال لاصحابه كلوا وجعل اليه ولم يأكل وقال
هذه هدية فاكل واكلوا فدل على جواز قبول الهدية من العبد الماذون ولان من ملك التصرف
في اكساب ملك التبرع فيها كالحر فان قيل انه تبرع مال مولاه فلم يجز بغير اذنه كالوهب
الكثير قيل له الكثير لم تجر عاده التجار به ولما الطعام اليسير فقد جرت عادتهم بالتسامح
لاصلاح التجاره واختلاف الناس فجاز ان يملك ذلك اذا ملك التجاره قال ودينه
متعلق برقبته يباع للغرماء الا ان يفديه المولى وقال الشافعي رحمه الله دينه متعلق بذمته ويستوفى
بها ما في يده من المال ولا تؤخذ اكسابه فيها ولا تباع رقبته دليلنا انه دين لا حبس لزم العبد
بسبب ثابت في حق مولاه فجاز ان يتعلق برقبته ويباع فيه اصله ضمان المتلفات ولان تصرف
العبد موقوف على اذن المولى فاما ان يكون وقف على اذنه ليثبت الدين في ذمته او في رقبته
فلا يجوز ان يكون ذلك ليثبت في ذمته لان العبد المحجور عليه لو تصرف بغير اذن مولاه تعلق الدين
بذمته فلم يحتج الى ان يكون التصرف وقف على اذنه ليثبت الدين في رقبته فان قيل ما يلزم
العبد من الحقوق على ضربين احدهما يتعلق بذمته كالاثمان والاخر تعلق برقبته كالارش
ثم ما كان محله الرقبة لا تحول عن محله بالاذن كذلك ما كان محله الذمة وجب ان لا تحول عن
محله بالاذن قيل له اذن المولى غير مؤثر في الجناية لانه لا يملك الاذن فيها ووجد ان
الاذن فيها وعدمه سواء واما اذنه في البياعات فانه يؤثر لانه لا يملك الاذن فيها
فلذلك جاز ان يختلف محل الدين بالاذن يبين ذلك ان العبد يملك اثبات الدين في ذمته
نفسه فاذن المولى لا يحتاج اليه في ذلك لما كان يملكه قبل الاذن فلم يحتج الى الاذن ليتعلق الدين بالرقبة التي يملكها واذا ثبت ان الدين يتعلق برقبته يعتبر فيه
كالرهن فان فداه المولى بالدين لم يجز لهم بيعه بعد ذلك لان حقا لغرماء والدين
واذا استووا لم يستحق لهم حق في المطالبة بالبيع قال ويقسم ثمنه بينهم بالحصص

فان فضل من دينه شيء طولب به بعد الحرية وذلك لان ديونهم متعلقة برقبته فتحاصوا
في بدلها كما يتحاصون غرماء الميت في تركته وما فضل لهم من الدين يوخذ به بعد الحرية وذلك
لان حقهم كان في الرقبة وقد استوفوه مرة فسقط حقهم عنها وصار كعبد يجني عليه فيكون
الدين في ذمته ويوخذ به اذا عتق قال فان جني عليه او سرق محجورا عليه حتى يظهر الحجر عليه
بين اهل سوقه وذلك لان العبد على ملكه فجاز ان يحجر عليه الا انه لو صح الحجر من غير ان يظهر
ذلك بين اهل سوقه لكان فيه تغرير بالناس فوقف على علمهم كما يقف عزل الوكيل على علمه
قال فان مات المولى او حز او لحق بدار الحرب صار ماذونا محجورا وذلك لان العبد
يتصرف بالاذن وكل واحد من الاذن والحجر يخرج المولى ان يكون له اذن ومنع صحة
تصرفه فكذلك من يتصرف من جهته باذنه واما المرتد اذا لحق بدار الحرب فهو بمنزلة الميت
بدليل انه يقسم ماله بين ورثته وموت المولى يبطل الاذن فكذلك لحاقه بدار الحرب قال
وان جنى العبد صار محجورا وقال الشافعي رحمه الله جنايته على ضربين احدهما ان يجني على
مال او على نفس لا توجب القصاص فهي في حكم المعاملات فلا يتعلق برقبته ويباع فيه
بدليل انه لو كان ماذونا فجنى في الموضع الذي صار اليه لم يكن ابقا فاذا صار في يد سيده له
بيعه لان

ما اشتراه العبد من الرقيق والدين متعرق لم يتعد عتقه لانه لا يملكهم ملك الكسب قال واذا باع من المولى شيئا مثل قيمته جاز وان
باعه بمثل قيمته او بغبن يسير جاز ايضا وان باعه بغبن فاحش لم يجز وهذا على الاصل ان المحجور لا يتمكن من التبرع
وقد مر ان العبد وما في يده ملك للمولى فما يتبرع فيه يستوفيه من مال المولى نفسه وهذا لان التبرع يعتمد الملك
والعبد لا يملك شيئا في الحقيقة ولذلك لا تثبت للعبد على المولى دين لان ما يأخذه العبد من المولى لا يخرج عن
ان يكون ملك المولى هذا اذا لم يكن على العبد دين فان كان على العبد دين فانه تثبت له في هذه الحال
يد الاستحقاق في كسبه لان المحجور يصرف فيه واذا اخذ منه شيئا لزمه رده عليه واذا كان في يد الاجنبي جاز ان يأخذ
منه بدلا كالمحجور للاجنبي الا انه سلم له حتى لو اعتقه او باعه لا يكون للمولى سبيل عليه او اكثر قال
فان باعه المولى شيئا او قبل جاز البيع وذلك لان الدين مرتفع والحال هذه فجاز البيع قال
فان سلمه اليه قبل القبض للثمن بطل الثمن وذلك لان حقه من العين قد سقط بتسليمها الى المولى
كما لو كان على العبد دين فسلم له العين قبل القبض للثمن بطل الثمن قال وان امسكه في يده حتى يستوفي الثمن جاز وذلك
لان ما بيد العبد فهو للمولى عند وجوب الدين ولهذا يزوجه المولى حتى يسترق في الثمن
فكان له هذا الحبس ايضا قال فان اعتق المولى العبد المأذون وعليه دين بعقه جاز ذلك
لانه ملكه والمولى صحيح التصرف فيما تعلق به العتق بخلاف الخبر وذلك لان منع العتق اصله عبد الرهن
قال والمولى ضامن لقيمته للغرماء وذلك لانه اتلف ما تعلق به حق الغرماء الا ترى انه كان لهم
ان يستسعوا العبد من ثمنه وقد فوت عليهم ذلك فلزمه الضمان كما لو اعتق عبدا الراهن
قال وما بقي من الدين يطالب به العتيق وذلك لان الدين باق في ذمة العبد وانما لزم المولى منه
مقدار ما اتلف من الرقبة فما زاد على ذلك فهو في الذمة على ما كان عليه قال واذا ولدت
المأذونة من مولاها فادعت ذلك حجر عليها وذلك لانها صارت على شفير لا يتعلق الدين برقبتها ولا
يمكن استيفاؤه منها فبطل الاذن كما لو اعتقها او ماتت قال واذا اذن في الصبي للصبي
في التجارة فهو في الشري والبيع كالعبد المأذون لان عقل البيع لا ان تصرفه من حجر الاذن
فسار بالاذن في احكام البيع والتصرف وقد قالوا اذا كان على العبد دين فرجع المولى البيع العبد
قبل ان يأذن الغرماء او يقضي الدين ويكون الماضي هو الذي امره ببيعه للغرماء وذلك لان
بيع المولى في اسقاط حق الغرماء الذي يتعلق برقبته الا ترى ان لهم ان يختاروا تركه حتى

الدين من اكتسابه وليس له اسقاط حقوقهم الا باداتهم فان باع بغير اذنهم وقف البيع
ولو اذن بعض الغرماء في بيعه لم يجز لان الامتناع من البيع حق لجماعتهم فاذا اذن بعضهم
فقد رضي باسقاط حصته فبقي حق الباقين بحاله ولو رفعه بعض الغرماء الى القاضي وغاب
سهم غائب فباعه القاضي بحاضر جاز بيعه لان البيع حق لجماعتهم فقيبه بعضهم لاسقط
حق الباقين الحاضرين وكان الماضي له ولاية على الحاضر الغايب فيما يؤدي الى حفظ ماله وفي
نقل الدين من الرقبة الى الثمن حفظ للمال فجاز ان يتلف الرقبة فاذا باع عزل حق الغايب
الى حضوره وقد قالوا لو اقر العبد قبل ان يباع بدين الغايب وصدقه المولى وكذبه والغرماء ذلك فانوا جاز واذا باعه القاضي عزل حصة الغايب وذلك لان العبد ما لم
يبع فهو على حكم الاذن وانما زال الماذون جايز ولان لزوم الدين لا يوجب الحجر في الاقوال
كما لا يوجب الحجر في حق الحر على قول ابي حنيفة رحمه الله وعلى قولهما الدين يوجب الحجر الا ان لم
يوجد فجاز الاقرار ونفذ وحبس الخاصة بنصيب المقر له فان حضر الغايب فصدق العبد
اخذ ذلك وان كذبه بطل الاقرار ورجع ذلك على الغرماء ولو لم يقر العبد حتى مع في
الدين ثم اقر بعد ذلك لم يخز اقراره وان صدقه المولى لان البيع سبب للحجر بدلالة ان الاذن
كان ثابتا في الملك لا ولو نفذ ان لا خراج ثابتة في ملك من لم ياذن فان قدم الغايب واقام
بينة على حقه اتبع الغرماء بحصته فيما اخذوه لان البينة لانهم بينتها ثبت الدين بها وتوزع
الغرماء تعلق بالثمن كتعلق حقهم بتركة الميت ولو قسم القاضي التركة بين الغرماء ثم ظهر غريم
آخر شاركهم فيما قبضوا كذلك هذا ولا سبيل على العبد لان الدين استقل من رقبته بالبيع وصار
كعبد لا دين عليه ولا سبيل على المشتري لان الثمن الذي يتعلق به حق الغرماء قد استوى فيه
ولا سبيل على المولى لانه لم يكن له صنع في العبد وانما باع القاضي وقسم ولم يلزم المولى
شيء وقد قالوا لو كان في يد العبد المأذون مال فقال المولى هو مالي وقال العبد هو لي
وعلي العبد دين فالقول قول العبد لان يد العبد للغرماء كان المولى والغرماء اختصموا فيما
في ايديهم ولا سبيل قول المولا فيه وان كان المأذون في يد المولى وفي يد العبد فهو بينهما نصفان
لما بينا ان يد العبد يد نفسه فصار كالاجنبي وان كان معها يد اجنبي فالمال بينهم اثلاثا
لان لكل واحد منهم يدا صحيحة والتساوي في اليد يقتضي التساوي في الملك فان
كان العبد لا دين عليه فالمال بين المولى وبين الاجنبي نصفان لان العبد الذي لا دين عليه

# كتاب المزارعة

المزارعة في اللغة مفاعلة من الزرع وفي الشريعة عبارة عن العقد على الزراعة ببعض الخارج وتسمى ايضا مخابرة وقيل لاشتقاق هذا الاسم انه ماخوذ من المزارعة لانه قال للزارع خبير وقيل انها ماخوذة من معاملة النبي عليه السلام اهل خيبر قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله قال ابو حنيفة هم المزارعة بالثلث والربع باطلة وقال ابو يوسف ومحمد هي فاسدة جائزة وجه قول ابي حنيفة هم ما روي رافع بن خديج ع ان النبي عليه السلام نهى عن المخابرة عن سعيد بن ثابت ع قال نهى رسول الله صلعم عن المخابرة قال قلت وما المخابرة قال ارضا تبذرها او تزرعها ولك نصف او ثلث او ربع ولانه عقد على المنافع ببدل معدوم وذلك لا يصح ولا يشبه هذا المضاربة لان الربح فيها المبذر عن المنافع وانما هو في مقابلة العمل بدليل انه لا يستقر اليه ذكره في الاصل وجه قولهما ما روي ان النبي عليه السلام عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من زرع او ربع وقال الشافعي هم تجوز تبعا للمساقاة على الارض التي لا نخل فيها ولا تجوز مقصودة ولا تجوز حتى يكون البذر من رب الارض والبذر من العامل دليلنا حديث جابر ع ان النبي عليه السلام نهى عن المخابرة فليازرع بحرث من اخيه ورسوله ذكره ابو داود ع ولانه عقد لا يصح تقديرا فلا يصح تبعا للمساقاة كما لو كان البذر من العامل فان قيل النبي عليه السلام عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من زرع قيل له لا دليل فيه لانه لم ينقل انه دفع اليهم البذر والبقر فعلم انه لم يكن على وجه المزارعة ولان ظاهر الخبر يقتضي جواز المزارعة وان انفردت عن المساقاة لانه لم يفصل بين الامرين وهذا يدل على بطلان قوله قال وهي عندهما على اربعة اوجه اذا كانت الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لاخر جازت المزارعة وذلك لان رب الارض استاجر العامل ببعض الخارج وذلك جايز والبقر غير مستاجرة وانما هي تابعة للعمل لعامل المعقود عليه وليس في مقابلتها عوض فهو كما استاجر حيطانا فان لابرة تابعة للعمل ولا عوض في مقابلتها كذلك هذا قال وان كانت الارض لواحد والعمل والبذر لواحد جاز وذلك لان العامل مستاجر للارض وذلك جايز والبقر غير مستاجرة وانما يستعملها في عمل نفسه وذلك لا يمنع صحة العقد قال وان كانت الارض والبقر والبذر لواحد والعمل لاخر جاز وذلك

لانه مستاجر للعامل ببعض ما تخرج الارض وذلك جايز واما البقر فليست مستاجرة للعامل لانه يستحيل ان يستاجر الرجل من نفسه والعامل على ملكه قال وان كانت الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لاخر هي باطلة وذلك لان صاحب البذر هو المستاجر والبقر في هذه المسالة مستاجرة ببعض الخارج بدليل انها غير تابعة للعمل اذ العمل غير معقود عليه واستيجار البقر ببعض الخارج لا يجوز الدليل عليه ما روي ان رافعا نهى عن عهد رسول الله صلعم اشركوا من قبل ان الارض ومن قبل ان الاخر البذر ومن قبل ان الاخر العمل فابطل النبي عليه السلام المزارعة وقد روي عن ابي يوسف ان المزارعة ايضا في الوجه الرابع جايزة قال لان العامل يمنزلة المضارب وصاحب الارض بمنزلة رب المال ولو دفع رب المال الى المضارب مالا ودابة يعمل عليها ما يشترط جاز كذلك المزارعة قال ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة وذلك لانها عقد اجارة والاجارة لا تصح الا على مدة معلومة وهذا هو القياس ايضا في البذر فيها الا يصح مع الجهالة وانما تركنا القياس للضرورة فيه وللاثر وانما يكون الخارج شايعا بينهما فان شرط لاحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة وذلك لان التفاوت يمنع صحة المزارعة لان البذر فيها مجهول وانما تركنا التفاوت واجازوها للاثر وذلك ورد في جوازها اذا كانت الشركة في جميع الخارج فاستوى على اصل القياس ولان الارض تخرج الا القدر المسمى فيستحقه احدهما دون الاخر وذلك لا يصح قال وكذلك ان شرطا ما على الماذيانات والسواقي فهو لصاحبه لانهم كانوا يزارعون على هذه الشروط لاحدهما ما على الماذيانات والربع للباقي فابطله رسول الله صلعم وكان المعنى فيه انه قطع الشركة عن بعض الخارج قال واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط فان لم تخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل وذلك لان المشروط بمنزلة البذر المسمى والعقد الصحيح لجميع المسمى واذا لم تخرج الارض شيئا لم يوجد فلا يستحق عوضا عنه وليس كذلك اذا فسدت لان الاجارة الفاسدة يجب فيها اجر المثل في الذمة فلا يجب المسمى وعدم الخارج لا يمنع وجوب ما في الذمة قال واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر وذلك لان الخارج نماء البذر فيكون لصاحب الاصل الا ان يملكه بالشرط والمشروط في المزارعة بمنزلة البدل المسمى في عقد الاجارة والتسمية لا تصح مع فساد العقد واذا بطلت التسمية بالفساد بقي البذر كله لصاحب البذر كانه لم يشرط شيئا قال فان كان البذر من قبل رب الارض فللعامل

اجر مثله لا يزاد على قدر ما شرط له وقال محمد اجر مثله ما بلغ وذلك لان رب
الارض استوفى بمعقد العامل بعقد فاسد فلزمه رد ما ولا مثل لها فلزمه قيمتها فاما
اختلافهما في اجر المثل فاذا زاد على ما شرط فلانها اجارة فاسدة وقد رضيا باختلافهم في
ذلك في كتاب الاجارات قالوا ان كان البذر من قبل العامل فلرب الارض اجر مثلها
وذلك لان العامل قد استوفى منفعة الارض بعقد فاسد فلزمه قيمتها قالوا فاذا عقدا
المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه وان امتنع الذي ليس من قبله البذر
اجبره الحاكم على ذلك لان الذي من قبله البذر لا يتوصل الى الوفاء بالعقد الا باتلاف
ماله الذي هو البذر فلا يجبر عليه كمن استاجر رجلا ليهدم داره وكمن باع جذعا في سقف
او ذراعا من ثوب انه فاسد لانه لا يقدر على الوفاء به الا بضرر يلحقه باتلاف ماله
وليس كذلك الذي ليس من جهته البذر لانه لا يتلف ماله بابيا العقد فلزمه كسائر الاجارات
الا ان يكون هناك عذر مما ذكرنا فيكون له فسخ المزارعة قال واذا مات احد
المتعاقدين بطلت المزارعة وذلك لانها نوع اجارة فتبطل بالموت كسائر الاجارات
قال واذا انقضت مدة الاجارة والزرع لم يدرك كان على المزارع اجر مثل نصيبه من
الارض الى ان تستحصد وذلك لانه بعد انقضاء المدة ممنوع من ذلك غيره من غير اذن وذلك لا
يجوز وفي قلع زرعه ضرر عليه وعلى ابقائه المتبين بقيه الزرع الى وقت الحصاد والجذاذ
اجر المثل فكانا في الاضرار باحدهما قال والنفقة على الزرع بينهما على مقدار حقوقهما
واجره الحصاد والدياس والذرو يذكر عليها بالتفصيل وهذا الذي ذكره على قياس واجب
وكلما احتاج البذر الزرع قبل بلوغه فاصلح له فهو على العامل لان ذلك من عمل المزارعة وهو معقود
عليه من جهة المزارع مختص به وكلما احتاج اليه بعد تناهي الزرع فهو عليهما لانه لم يتم على
الزارع عمله الزرع مشترك فالعمل فيه يكون عليهما على قدر حصصهما وكذلك النفقة وكلما احتاج
اليه بعد التسليم فهو على كل واحد منهما في نصيبه لان نصيب كل واحد منهما في نصيبه لان
نصيب كل واحد منهما قد تميز فتكون نفقته عليه خاصة قال فان شرطاه في المزارعة
على العامل فسدت بخلاف الحصاد والدياس وهذا الذي ذكره هو رواية الاصل عن
ابي حنيفة ابي ذكر تناهي الزرع قال وكذلك ان شرطاه على العامل
واختار اصحابنا من خراسان وجه رواية الاصل ان عقد المزارعة تقع على عمل

الذي يحصل به النماء والزرع اذا لم يتناهى لم يتم هناك عمل يقع به النماء والزرع مشترك
والنفقة في المال المشترك عليهما فاذا شرطاه على العامل فقد شرطا عليه ما لا يقتضيه
العقد فيفسده وجه قول ابي يوسف ان التعارف قد حصل ان الحصاد
والدياس على العامل فاستحسنوا في جواز شرطه لعرف الناس كما استحسنوا في
الاستصناع وقد قالوا اذا شرط احد المزارعين البذر لنفسه وان يكون الباقي
بينهما فهذه مزارعة فاسدة وذلك لما بينا ان جواز المزارعة ثبت بالاثر وذلك رد
في غير استئناء البذر ولان الخارج كله نماء البذر فقد يكون شرط رد مثل البذر ادى
الى قطع الشركة عن بعض النماء وقد جاء الاثر بالمزارعة وقد قالوا لو ان رجلا دفع بذره الى
رجل ليزرعه في ارضه نصف الخارج ان المزارعة فاسدة وعن ابي يوسف انها جايزة
وجه قول العام المشهور الاثر الذي رويناه في اربعة نفر ولان هذا يشبه الشركة
بالعروض والشركة بالعروض فاسدة وجه قول ابي يوسف ان استيجار الارض
ببعض الخارج جايز واستيجار العامل ببعض الخارج جايز ايضا وفي مسئلتنا صاحب البذر
استاجرهما جميعا فاذا جاز استيجار كل واحد منهما جاز استيجارهما وقد قالوا لو شرط
في المزارعة عملهما جميعا فالمزارعة فاسدة لان البذر ان كان من قبل العامل فهو مستاجر
للارض فاذا شرط عمل صاحبها فلم يسلم ما آجر وذلك يمنع صحة الاجارة وان كان البذر
من قبل رب الارض وشرط عملهما فلم يخل بين المزارع وبين الارض ومن شرط المزارعة التخلية
فصار كالمضاربة اذا شرط فيها عمل رب المال انها تفسد كذلك المزارعة وقد قالوا في رجل
دفع الى آخر ارضا مزارعة سنة هذه بالنصف قال له رب المال اكرها وازرعها فقال
الآخر ازرعها بغير كراء فاني انظر في ذلك فان كانت الارض تزرع بغير كراء وخرج زرعها
الا ان الكراء اجود فذلك الى الزارع ان شاء كرب وان شاء لم يكرب وان كانت لا تخرج
زرعا الا بالكراء لزمه الكراء وان كانت تخرج شيئا قليلا فان كان شيئا لم يخرج للناس
جاز وان كان اقل اجرت العامل على الكراء وعلى هذا اذا قال الخارج لا اسقي الزرع
واتركه حتى تسقيه السماء على التفصيل الذي بيناه وذلك لان العقد وقع على المزارعة
ولم يشترطا فيها كفاية العمل فيلزمه ان يفي بما يتناوله الاسم فاذا كانت تغبر بغير كراء زرعا
يقصد مثله فقد وجد ما سمي في مزارعة فلا يستحق عليه اكثر من ذلك وان كان الذي يجب

قليلا لا يبقى لما ولا نبت شيئا بغير كراب ولا يبقى فليس ذلك بعمل المزارعة فلا يكون
للعامل الا الاضمار عليه ولو شرط في المزارعة الكراب والبقي لزمه على كل حال لانه
شرط عند ابصفه فلزمه الوفاء به وقد قالوا لو شرط عليه الكراب في السنه او شرط
عليه التحميد فهو فاسد وهذا على وجه ان كان التحميد والتنقيه يبقى له اثر منفعة
الى السنه الثانيه فسد العقد شرط ويصير كان عقد على مزارعه وشرط على العامل ان
يهب له شيئا وان كان لا يبقى له منفعة الى السنه الثانيه فشرط جايز وهو بمنزله الكراب
والبقي وقد قالوا ان لرب الارض ان يمنع المزارعه لعذر بان فسخها وقد كان العامل كرب وحفر
الانهار فطالب بقيمته لم يكن له شيء منها وذلك لان المنفعه لا تقوم الا بالعقد فلم تقوم
بعقد المزارعه وانما قوتها بالخارج من الارض ولم يحصل ذلك فلا يقوم بغيره وقد قالوا لو
مات رب الارض بعد ما زرع الزارع قبل ان يستحصد الزرع فليس لورثته ان يأخذوا الارض
ولكن يتركه في يد المزارع حتى يبلغ الزرع فيقتسمونه على شرطهم وقد انقضت المزارعه فيما بقي
من المدة وذلك لان الارض بوجب انتقال الارض الى الورثه ولم يعقدوا على بقائها
فلم نجز ان يستحق عليهم منافع ملكهم بغير اختيارهم الا انهم استحسنوا اذا كان في الارض زرع لان
في تبقيه العقد اليقاء التحقين لانه يتأتى ان الزارع يسلم له الزرع ويسلم للورثه نصيب الميت في صح
العقد الحاق ضرر بالجدهما فكان نفي الضرر عنهما اولى واما بقي من المده فلا حاجه بنا الى تبقيه
العقد فيها الحمل على القياس ولو مات رب الارض قبل ان يزرع بعد ما كرب وحفر الانهار بطلت
المزارعه ولم يكن على ورثه رب الارض شيء لاجل الكراب وغيره لانه ليس في الفسخ اتلاف
مال المزارع فلم نجز تبقيه المزارعه حتى يسوي في حقه واما الكراب والحفر الانهار فقد بقيت
انه لم يستوف بالعقد اما بقوم بالخارج من الارض ولم يوجد ذلك وقد قالوا لو انقضت
مده المزارعه والزرع قبل لم يدرك فالزرع بينهما والعمل فيما بقي حتى يبلغ عليهما وعلى العامل
اجر مثل الارض وذلك لان المده لما انقضت وجب قطع الزرع الا ان قلعه ضرر اوفي تبقيه
مال الاجر بقيمة حقهما نترك على حاله كما قالوا في العاريه والاجاره اذا انقضت المده وفي الارض
زرع فاذا بطلت المزارعه كان العمل بعد ذلك عملا في مال يشترك فيكون عليهما وكل شيء
هذا مون رب الارض لان هناك موته اوجب فسخ العقد لانا انما انشينا العقد للعذر فلا
لان هذا العقد لما جاز فسخه للعذر جاز سقيته للعذر واذا بقي العقد كان العمل عليهما

## كتاب المساقاة

قال رحمه الله قال ابو حنيفه رحمه الله المساقاه تجوز من التمر باطله وقال ابو يوسف
ومحمد جايزه اذا ذكر مدة معلومة وسمى جزءا من الثمر مشاعا وقال الشافعي تجوز في
النخل والكرم هذا قوله الجديد وقال القديم تجوز في كل ثمره وجه قولهم
حديث رافع بن خديج ان النبي عليه السلام نهى عن المخابره قال ابن الاعرابي المخابره مشتقه
من معامله النبي عليه السلام اهل خيبر ثم صارت لكل مستعمله فقيل للاكار خبير واذا ثبت هذا
الاسم المزارعه والمساقاه جميعا دخلا تحت النهي ولانه شرط في مقابلته عمله فيكون الخارج
ما يخرج من نخله فلا تجوز كما لو قال اعمل في هذه النخله على ان لك ما يخرج هذه الاخرى
ولانه عقد لا يصح من غير ذكر مدة فلم تجز ثمره معلومه اصله الاجاره وعكسه الخلع
وجه قولهما حديث ابن عباس ان النبي عليه السلام فتح خيبر واشترط ان له الارض وكل صفراء
وبيضاء فقال اهل خيبر نحن اعلم بالارض منكم فاعطناها على ان لكم نصف الثمره ولنا النصف
الجواب ان هذا لم يكن على طريق المساقاه بدليل انه لم يذكر مدة معلومة وقال نقركم
فيها ما شئنا رواه ابن اسحق وروي نقركم ما اقركم الله وهذا لا يجوز شرطا لانتفاء
فاحتمل ان يكون النبي عليه السلام جعل حق تهم العمل في الارض ودفع اليهم سهما من الثمره على طريق المعونه
وللامام ان يدفع الى اهل الذمه اذا رأى خيرا واشيا على طريق المعونه واذا ثبت من اصل ابي
يوسف ومحمد جوازها لم تصح الا على مده معلومة لانها نوع اجاره فلا تصح الا على مده
معلومة كسائر الاجارات وقد قالوا لو دفع الى رجل نخلا ولم يذكر مدة معلومة كان
على اول ثمره تخرج من اول سنه استحسانا لان العقد تقع على اول ثمره تخرج وكل ثمره وقت
معلوم تبتدي فيه وتنتهي فالثمره الاولى يتيقن دخولها في العقد فجاز فيها العقد وما
بعد ذلك غير متيقن فلم يصح العقد فيه واما قوله وسمى جزءا من الثمره مشاعا فهو على ما
بيناه في المزارعه قال وتجوز المساقاه في النخل والشجر والكرم والطرفا واصول
الباذنجان وذلك لان النبي عليه السلام عامل اهل خيبر على نصف الثمر وهي بلاد كبيره فالظاهر
انها تعم هذه الانواع ولان المساقاه جوزت للضروره وذلك موجود في جميع ما ذكرنا
قال فاذا دفع نخلا لابنه ثم مساقاة والثمره تزيد بالعمل جاز فان كانت قد انتهت

فد اجهت لزيد وذكر لان العامل يشترط بقاء العين بعقد الزوج فاذا كان لعلة تاثير في زيادة
جاز العقد كالجوز بقل وجود الثمر واما اذا تناهت الثمرة مثل ان تصفر وتحمر لا انها
لم تزد فليس فانه لا يكون الطلع ابيض ولا زيادة لعلة فيفسد العقد ويكون له اجر مثله
ان عمل قال — واذا فسدت المساقاة فللعامل اجر مثله وذلك لانها عقد اجارة
والاجارة اذا فسدت وجب فيها اجر المثل قال — وتبطل المساقاة بالموت وتفسخ
بالاعذار كما تفسخ الاجارة وذلك لانها نوع اجارة فابطلها الموت وفسخت بالاعذار كسائر
انواع الاجارات وقد قالوا الوديعة احد الشريكين النخل والشجر الى شريكه شاهدة
لم يجز ولا اجر له ان عمل وما خرج من الثمرة فهو بينهما بقدر ملكهما وذلك لان المساقاة
عقد اجارة واشتراك احد الشريكين على العمل فيما هو شريك فيه لا يصح ولا يجب اجر
لان العمل وقع لنفسه واذا لم يصح العقد كان الخارج بينهما على قدر الملكين لانه نما

## كتاب النكاح

قال الشيخ الامام ابو نصر احمد بن محمد البغدادي ادام الله تاييده النكاح في اللغة
حقيقته في الوطي تقول العرب ناكح نكاح الثيبان اذا تزاحلا وقالوا انكحنا الفحل فنكب
يضرب وذلك لكثرة الامر يجتمعون عليه فيطرون ما ذا يكون منه وهو في الشرع ايضا حقيقته
في الوطي مجاز في العقد لان العقد الذي يتوصل به الى الوطي سمي نكاحا ولا سيما العقد
الذي لا يتوصل به الى الوطي نكاحا نعلم انه مجاز فيه وقد قال — الشافعي في الشرع عباره
عن العقد لا ان اسم لوطي ذكر النكاح في القرآن والمراد به العقد وهذا الذي ذكره لا يصح
لان اسم ذكر النكاح في القرآن والمراد به الوطي بالاجماع وهو قوله تعالى الزاني لا ينكح
الا زانية او مشركة وكل موضع حمل على العقد فانما حمل عليه بدليل فان زال الدليل حمل
وانما نحتاج من اذا ذكرناه من ان الوطي لا يصح على الا ذا علم ان المراد به العقد وكيف تعالى
قالوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع لما كان الوطي لا يتقدر علم ان المراد به العقد
والنكاح جائز عندنا وعند ابي حنيفة واجب وقال — نساء الثنائي وهو واجب وليس
بصحيح لقوله صلى الله عليه وسلم من استطاع منكم الباءة فليتزوج ومن لم يستطع فليصم قال الصوم
له وجاء ما دام الصوم يقام النكاح والصوم ليس بواجب والواجب لا ينوب منابه فليس
النكاح واجبا ولا يتسبب يتوصل به الى الوطي لا يكون واجبا كشراء الماء وهو قال النكاح



عقد بالايجاب والقبول يدخلان بهما عن الماضي ويلحقهما عن الماضي وبالاخر
من المستقبل مثل ان يقول زوجني فيقول قد زوجتك اما اعتبار الايجاب والقبول
فلان العقد عباره عن الايجاب والقبول فلا بد ان تاتي بهما واما انعقاده بلفظ المستقبل
مثل ان يقول زوجني ابنتك او حيث فيقول الاب قد زوجتك فيصح
النكاح ويلزم وليس للمخاطب ان يقول ما قبلت وكذلك لو قال لامراة اتزوجك علي
الف فقالت قد تزوجتك على ذلك فهو عقد جايز وهذا كله استحسان وكان
القياس ان لا ينعقد لان لفظ الماضي لان لفظ الاستقبال عده والفاظ الماضي لا
يراد بها الايجاب والمقصود هو الايجاب دون العده وانما تركنا القياس لان النكاح
لا يحضره الشهود فالظاهر من جميع الفاظه الايجاب فصار جميع ذلك كالصريح في الماضي
فانعقد به قال — ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين حرين عاقلين
بالغين مسلمين اما اعتبار الشهادة في النكاح فهو شرط عندنا وقال مالك ليس بشرط
وانا الاعلان شرط فان حضر العقد شهود شرط فيه الكمال فهو فاسد عندنا ودليلنا
قوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود ولانه عقد فلا ينعقد شرط الكمال اصله شاهد
العقود واما قوله حرين بالغين عاقلين مسلمين فلان من كان على غير ذلك لا تقبل شهادته
على مثله في موضعه قال — او رجل وامراتين عدول كانوا او غير عدول او محدودين
في قذف او عبيد محدود بن اما انعقاد النكاح بشهادة رجل وامراتين فلان ما قاله الشافعي
لقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود ظاهره يقتضي انعقاده بما يطلق عليه اسم الشهود
وذلك يوجد في رجل وامراتين ولانها شهادة يثبت بها المال فجاز ان ينعقد بها النكاح
كشهادة رجلين واما قوله عدول كانوا او غير عدول فصحيح وعندنا ينعقد النكاح
بشهادة الفاسق وقال الشافعي لا ينعقد دليلنا ان الفاسق عندك تقبل شهادته
فانعقد بحضوره كالعدل ولان حضور الشهود عند النكاح لحمل شهادة وتحمل الفاسق الشهادة
صحيح الا قبال عليه شاهدا ت واما المحدود في القذف فهو قابل ايضا لغيره من
الشهادات وقد قال اصحابنا في صفة الشهود الذي ينعقد النكاح بحضورهم كل من جاز
عقد النكاح لشهادته انعقد بحضوره ومن لا فلا فقول لشهادته لا ينعقد بحضوره وهذا
الاعتبار صحيح لان الشهادة من شرايط النكاح كما ان القبول من شرايطه فصح اعتباره

أحدهما بالاجزاء اذا ثبت هذا الأصل قلنا لا ينعقد بحضور الصبي والمجنون والعبد لانه لم
واحد منهم لا يملك قبول النكاح لنفسه وكذلك ايضا فرد اذا حضر نكاح المشركين ما لم يملك قبول
ذلك النكاح لنفسه لم ينعقد بحضوره قال فان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين
جاز عندنا وحنيفة م وقال محمد لا يجوز وبه قال الشافعي م وجه قولهما ان الذمي
ملك قبول هذا العقد لنفسه فانعقد بحضوره كالمسلم ولانه يجوز ثبوت هذا النكاح بشهادتهما
اذا تحولت المرأة وقد كان حضرهما مسلمان حال العقد وكل من جاز ان يثبت النكاح بشهادته
فانه ينعقد بحضوره كالمسلم وجه قول محمد م ان شهادة الكافر ليست بحجة على المسلم
فصار كانهم سمعوا كلام المرأة دون كلام الزوج فلا ينعقد وهذا غير صحيح لان سماع الكافر
في حق المسلم سماع صحيح بدليل انهما لو اسلما وقد كان حضرهما العقد مسلمان ثبت شهادتهما
قد ل على صحة تحملهما وحضرهما وحضوره قال ولا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا بجدته من قبل
الام والاب والنسب وذلك لقوله م حرمت عليكم امهاتكم واسم الام يتناول الجدات مجازا فرد قال
وان اللفظ الواحد لا يجوز ان يحمل على الحقيقة والمجاز في حالة واحدة حرمهن بالاجماع ومن
قال ان اللفظ لا يحمل عليهما حرمت الام بالاية وحرم الجدات بالاجماع قال ولا بنته ولا
بنت ولده وان سفل وذلك لقوله م حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم واسم البنت يتناول بنات
الولد مجازا ثم لما حمل اللفظ الواحد على الحقيقة والمجاز في حالة واحدة حرمهن
بالاية ومن لم يجز ذلك حرم ابنة الصلب بالاية وحرم من سواها بالاجماع قال
ولا باخته ولا بنته ولا بخالته ولا بعمات اخيه ولا ببنات اخته وذلك لقوله تعالى حرمت عليكم
امهاتكم وبناتكم واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت واسم البنات يتناول
الاخوات المتفرقات فكلهن حرام بظاهر الاية وكذلك العمات والخالات المتفرقات لان
اسم يتناولهن جميعهن فحرمن بظاهر الاية فاما عمة الاب وعمة الام وخالة الاب وخالة
الام فحرام بالاجماع وحرم القديم الاخت وولدها وحرم العمة والخالة دون ولدها فقوله
للخالة والعمة خلاف ولنا ان الاخ والاخت حرام قال ولا بام امرأته ولا بامرأة
يدخل وذلك لقوله م وامهات نسائكم وروى عمر عن عبد الله بن عمر عن النبي عليه السلام قال اذا نكح
المرأة فلا تنكح امها قبل ان يدخل بها فله ان يتزوج ابنتها وليس له ان يتزوج الام وروى
ذلك عن علي وعمر م قال ابن عباس م انهما ابهما الله تعالى وذكرا بن مسعود م



يرى انها المحرم بنفس العقد ثم رجع وروى عن علي م مثل ذلك والصحيح انها لا تحرم بنفس
العقد ثم رجع وروى عن علي م مثل ذلك والصحيح عنهما انها لا تحرم بنفس العقد
قال بشر المريسي لا تحرم حتى يدخل بابنتها واحتج في ذلك بقوله م وامهات نسائكم
اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن الاية ومن المعطوف بعضه على بعض اذا تعقبه شرط
عاد الى جميعه فرد قال امرأة طالق وعبده حر ان دخل الدار وهذا لا يصح لان الشرط
انما يعود الى جميع ما تقدم اذا كان ذلك ممكنا وليس يمكن ها هنا عود الشرط الى امهات النساء وذلك
لانه قد استقر في العربية ان العامل في الصفة هو العامل في الموصوف وثبت ايضا ان المعمول الواحد
لا يكون معمولا لعاملين فقوله وامهات نسائكم جر بالاضافة وقوله وربائبكم اللاتي في
حجوركم من نسائكم جر بحرف الجر فلو عاد قوله تعالى اللاتي دخلتم بهن اليهما لصار
قوله وامهات نسائكم معمولا بالاضافة وبحرف الجر وذلك لا يصح قال ولا بنت
امرأته التي دخل بها سواء كانت في حجره او في غير حجره وذلك لقوله تعالى وربائبكم
اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فان لم يدخل بامرأته وفارقها جاز ان
يتزوج بابنتها ويتسري في تحريم الربيبة ان تكون في حجره او في غير حجره وعن علي
انها لا تحرم الا ان تكون في حجره لنا ان تحريم الربيبة تحريم مؤبد والتحريم المؤبد
يستوي فيه القريب والبعيد كامهات النساء وقوله تعالى في حجوركم ليس
بشرط والمراد كونها في حجره لان العادة ان الربيبة تكون في حجر زوج امها فخرج الكلام
على العادة وهذا كقول النبي صلى الله عليه وسلم في خمس وعشرين ابنة مخاض وهي التي تمت
لها سنة وطعنت في الثانية ووصفها بالمخاض لانها في الغالب تكون في السنة
الثانية لذلك وليس بشرط في جواز ها لذلك في مسلتنا قال ولا بامرأة ابنه
واحد وذلك لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء فامرأة الابن حرام بظاهر
الاية وكذلك امرأة الجد من قبل الاب ومن قبل الام لان اسم الاب يتناولهما على
وجه المجاز وهي حرام بظاهر الاية على قول من جوز حمل اللفظ الواحد على الحقيقة
والمجاز وبالاجماع على قول من منع ذلك قال ولا بامرأة ابنه وابنه ولا ولد
ولد لقوله م وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم فامرأة الابن حرام على الاب دخل بها
الابن او لم يدخل لان تحريمها بهم نهوا على عمومه وخصص عن التحريم بها دون غيرها

نجوز للاب أن يتزوج بها وبناتها وبنات قوله تعالى من اصلابكم فاخرج الابن الذي
لان العرب كانوا يستلحقون بالنبي وينتسبون بهم الى امهاتهم بالبنوة الى ان نسخ
عز ذكره بقوله ادعوهم لآبائهم هو اقسط عند الله فحرم الله البنين من الاصلاب
بالذكر ليبين ان امرأة الابن من النسب ليست بحرام عليه فاما امرأة ابن الابن
وان سفل وابنة البنت فحرام اما بظاهر الآية على قول من جوز حمل اللفظ الواحد
على الحقيقة والمجاز او بالاجماع على قول من منع ذلك فان قيل كيف يقال لولد
الولد انهم من الصلب قيل له لا يمتنع ذلك اذا كان اصلهم الصلب كما قال الله تعالى هو الذي
خلقكم من تراب وان كان هذه الصفة لاول الجنس لذلك هذا قال ولا تنكحوا
من الرضاعة ولا باحته من الرضاعة وذلك قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم
واخواتكم من الرضاعة قال ولا يجمع بين اختين بنكاح ولا ملك يمين اما
الجمع بين الاختين في عقد النكاح فحرام بظاهر الآية واجمعوا في الجمع بينهما في الوطي
بملك اليمين وروي عن عثمان وعلي وابن مسعود انه محرم وقال عثمان بن عفان
كل شيء حرم الله عز وجل من الحرائر حرمه من الاماء الا الجمع والدليل على ما قلناه
قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين والمراد به الجمع بينهما في احكام النكاح الدليل عليه
ان الجمع بينهما في غير ذلك جائز وهذا موجود في الجمع بينهما في الوطي بملك اليمين
وروي ان رجلا قال لعثمان عز ذكره انا احببنا ان احله ولكن احلتها ايه وحرمتها
آيه فخرج الرجل من عنده فاتى علي بن ابي طالب فذكر ذلك له فقال له اخرج الى الرجل
شيخا فجعلت من تعذر ذلك نكالا واما توقف عثمان في ذلك لان الخليل والتحريم اذا
تعارضا كان التحريم اولى فاذا ثبت ان الجمع بين الاختين لا يحل قلنا ان تزوجهما في
عقد واحد نكاحهما فاسد لان الجمع بينهما لا يبيح لظاهر الآية ولا يجوز ان يصح نكاح
احديهما بعينها لانه ليس احديهما اولى من الاخرى ولا يجوز ان يصح نكاح واحدة من
غير عينها لان النكاح لا يصح في امرأة مجهولة فلم يبق الا بطلان نكاحهما واما اذا
تزوج احديهما بعد الاخرى فنكاح الثانية باطل وتبين منها وذلك لان نكاح الاولى
وقع صحيحا والبيع حصل في نكاح الثانية لان الجمع يحصل باختلاف الضدين وبيان
قوله تعالى لا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء الا ما قد سلف فقد قيل فيه تاويلان احدهما ان من جمع بين اختين قبل



ان يحرم عليه طرى التحريم عليه جاز له البناء على ذلك العقد والثاني انه لا اثم على
من جمع قبل التحريم وهذا اصح من الاول قال ولا يجمع بين المرأة وبين عمتها وخالتها
ولا بنت اخيها ولا بنت اختها وذلك لما روي جابر عن ابن عباس وابو هريرة رضي الله عنهم
ان النبي عليه السلام قال لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على بنت اخيها ولا على
بنت اختها ولا تنكح المرأة طلاق اختها الثاني ما في صحتهما فان الله تعالى ذكر هذا
من اخبارا لا استفاضه لان الامة تلقته بالقبول وعملوا بموجبه لاجله فهو من اخبار
الآحاد والاخلاق في ذلك الا ما روي عن عثمان رضي الله عنه انه قال يحل الجمع بينهما بقوله تعالى بعد ذكر المحرمات واحل لكم ما وراء ذلكم وهذا لا يصح لانه تعالى شرط
في الاباحة الاحصان وهو مجمل والاباحة اذا شرط فيها شرط تجمل صارت مجملة
والمجمل يحتاج الى البيان وبيع بيانه بخبر الواحد فيكون الخبر الذي رويناه بيانا
للآية قال ولا يجمع بين امرأتين لو كانت كل واحدة منهما رجلا لم يحل
له الاخرى وهذا العقد الذي ذكره رحمه صحيح وهو معتبر بالاختين والجمع بين المرأة
وعمتها قال ولا بأس ان يجمع بين امرأة وابنة زوج كان لها من قبله وقال زفر
لا يجوز الجمع بينهما دليلنا ان الجمع بينهما لو كانت كل واحدة منهما رجلا لم يحل له
الاخرى فلم يقع التحريم الجنبيتين فصارتا كالاجنبيتين وقد روي ان عبد الله بن جعفر
رضي الله عنه جمع بين امرأة علي رضي الله عنه وابنته وجه قول زفر ان البنت لو كانت رجلا
لم يجز لها ان يتزوج بالاخرى فلم يجز الجمع بينهما قال ومن زنا بامرأة حرم عليه
ابدا ان يتزوج بها وقال الشافعي رضي الله عنه الزنا لا يتعلق به تحريم المصاهرة ولو زنا بام امرأته لم يقع بينهما
فرقة عندنا خلافا للشافعي رضي الله عنه وعندنا تقع الفرقة بينه وبين زوجته لنا قوله تعالى ولا تنكحوا
ما نكح آباؤكم من النساء حتى يقتضي في الوطي على ما بيناه وانما سمي العقد نكاحا على وجه
المجاز وحمل اللفظ على حقيقته اولى وان كان الاسم يتناول الامرين جميعا على عموم
اللفظ والوطي مقصود في موطوءة فوجب ان يتعلق به تحريم المصاهرة كالوطي بالنكاح وكما لو
وطئ امته المزوجة او وطئ جارية ابنه فان قيل روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه
قال الحرام لا يحرم الحلال قيل له ان صح هذا الخبر فهو متروك الظاهر لان الحرام
ابدا يحرم الحلال كالوطي بنكاح فاسد ووطي الرجل جارية ابنه الزوجة والنائمة

اذا اختلطت بالماء واذا كان متروك الظاهر لم يكن حمله على الفور ينجل على ما روي
عن عطاء انه قال ايما الرجل يزني بالمرأة ثم يتزوجها فقال لا يحرم الوطء بالزنا العقد
الحلال وقد قال اصحابنا اذا مس لشهوة او قبلها او نظر الى فرجها لشهوة حرمت
عليه ابنتها وابنتها وقال الشافعي في احتلاف ابن ابي ليلى اذا مس الرجل الحارم حرمت
على ابيه وابنه ولا تحرم عليهم بالنظر لم يذكر غير ذلك وقال اصحابنا بنا له قوله
آخر ان المباشرة من غير وطء لا يتعلق بها التحريم دليلنا ما روي ابو هانيء ان السني
قال من نظر الى فرج امراة لم تحل له ابنتها وبو عام وعن عمرو انه حرّد جارية له فنظر
بعض ولده اليها فقال انها لا تحل لك وروي ان ستروذا كتب الى اهله في جارية
الا تبيعوها اما اني لم اصب منها الا ما يحرمها على ولدي من النشر والنظر وروي مثل ذلك
عن الحسن وعلي ان النشر والنظر الى الفرج لشهوة لا يحل الا نكاح او ملك يمين فهو بمنزلة
الوطء قال واذا طلق الرجل المراة طلاقا بائنا لم يجز ان يتزوج باختها حتى تنقضي
عدتها ولا يجوز ايضا ان يتزوج باربع سواها روي ذلك عن علي وابن عباس وعمران
وزيد بن ثابت ثم يقول يجوز ثم رجع الى قولهما وقال الشافعي يجوز لما روي
عن النبي عليه انه قال لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الاخر ان يجمع ماءه في رحم اختين
وسئل تزوج باختها بعد ما ماتت في العدة فقد جمع ماءه في رحمها ولان معنى يمنع احد الزوجين
لاجل نكاح صاحبه فبقاؤه يمنع العقد اصله منعها من الازواج قال ولا يجوز ان
يتزوج المولاة امته ولا المراة عبدها وقال اصحابنا يجوز لقوله تعالى والذين
هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فاباح الفرج باحد امرين
فالظاهر انه لا يستباح بهما في حالة واحدة ولان النكاح يتعلق به حقوق وحقوق لواحد
من الزوجين على الاخر وتلك الحقوق لا تثبت على المراة بعبدها ولا على المولاة بعبدها
العقد اذا انتفت لم ينعقد كما لا يجوز نكاح ذوات المحارم لما انتفى موجب العقد
الذي هو الاستباحة قال ويجوز تزوج الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات
من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم وانما سموا بذلك بكتاب من كتب الله تعالى فجاز تزوجها
المسلم اصله الحرة قال ولا يجوز تزوج المجوسية لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب
قوله تعالى ولا تنكحوا المشركات والدليل عليه ان عمر بن الخطاب رضي قال

ما أصنع بالطاعنة التي ليست من اهل الكتاب فقال عبد الرحمن بن عوف قد علمت ان
الله صلى الله عليه يقول سنوا بهم سنة اهل الكتاب قال ولا الوثنيات وذلك
لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن وهو عام قال ويجوز تزوج الصابيات
اذا كانوا يؤمنون بدين ويقرون بكتاب وان كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم
لان جوزنا نكاحهم وذلك لانهم كتاب ودين يؤمنون به فهم اهل كتاب
ولا شبهة في جواز نكاحهم فاذا كانوا يعبدون الكواكب فهم بمنزلة عابدي الوثن
ولا يجوز نكاحهم هذا هو الصحيح من المذهب واصحابنا يجعلونها مسئلة خلاف
يقولون عند ابي حنيفة هم مجوس نكاحهم وعند ابي يوسف ومحمد هم لا مجوس ولا يثبت فيها
خلاف على الحقيقة لان ابا حنيفة هم اجاب انه فرق لها كتاب وانما يعظمون الكواكب
كما يعظم المسلم القبلة وابو يوسف ومحمد هم اجابا على ان يعبد الكواكب كما يعبد
الاوثان وكل واحد منهم لا يخالف صاحبه فيما اجاب فيه قال ويجوز للمحرم
والمحرمة ان يتزوجا في حال الاحرام وقال الشافعي هم لا يجوز للمحرم ان يتزوج
ولا يكون وليا في النكاح لما رواه ابو هريرة وعايشة ان النبي صلى الله عليه وسلم
تزوج وهو محرم وكذلك روي ابن عباس هم ولا شبهة ان وصل به الى
الوطء فلا يمنع منه الاحرام كشد الحارية فان قيل روي عن النبي صلى الله عليه
انه قال لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب قيل له معناه لا يباط المحرم ولا نكاح
المحرمة من نفسها لتوطا بظاهر خبرنا ومعنى قوله ولا يخطب قيل يعناه لا
يخطب للوطء قال ويعقد نكاح المراة الحرة البالغة برضاها وان لم يعقد
عليها ولي عند ابي حنيفة هم بكرا كانت او ثيبا وقال ابو يوسف ومحمد هم لا ينعقد
الا بولي وقال الشافعي هم لا يجوز ان تعقد المراة النكاح لنفسها ولا لغيرها بحال
وجه قول ابي حنيفة هم قوله صلى الله عليه ايما حرة بلغت برضاها ومن عام ولان
ملك التصرف في ماله يعوض وغير عوض جاز ان يعقد النكاح لنفسه اصله الرجل
وجه قولهما قوله صلى الله عليه ايما امراة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها
باطل ازهذا الخبر مطعون في راويه ولو صح اقتضى امراة لها ولي في الاطلاق
من سفر دا بالتصرف المراة التي اختلفنا فيها ليس لها ولي في الاطلاق

بل هي وليه نفسها وانما ثبت الولاية على المجنونة والامة والصغيرة وهو لا يصح
نكاحهن بغير اذن الولي ولم يتناول الخبر موضع الخلاف قال ولا يجوز للولي
اجبار البكر البالغ على النكاح وقال الشافعي يجوز ذلك للاب والجد لنا ما روي
ابن عباس وابو هريرة وابن عمر وجابر ان النبي صلى الله عليه رد نكاح امرأة زوجها ابوها وهي
كارهة وروي انها اتت النبي صلى الله عليه فخيرها ذكره ابو داود ولان لها ان
تطالب الاب بالعقد اذا استبع فكان لها ان تمنع من العقد اذا كرهته اصله الثيب
فان قيل انما لم يعتبر نكاحها الى نطقها مع القدرة عليه لم يعتبر الى رضاها كالصغيرة
قيل له الصغيرة لا يعتبر رضاها في سائر العقود لذلك في النكاح اصله الثيب قال
واذا استاذنها فسكتت او ضحكت او زمت منها وجهه ذلك اذن منها وجملة ذلك ان العقد لا يخلو
عليها الا برضاها وذلك يعلم بالقول او بفعل يدل على الرضا الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال لبريرة لما اعتقت ان وطئك زوجك فلا خيار لك فجعل تمكينها زوجها دليلا على
الرضى لا توكيل النبي صلى الله عليه وسلم بالنكاح وقد كان الناس ان لا يكون سكوتها رضى لان
الساكت قد يكون راضيا وقد يكون ساخطا فلا يجوز اثبات الرضى بالشك والما توكوا
الناس لان النبي عليه السلام قال البكر تستامر في نفسها فقيل له انها تستحي فقال اذنها
صماتها وسكوتها اقرارها فاما الضحك فانه يدل على الرضا اكثر من دلالته
على السكوت وقد قال اصحابنا والسكوت والضحك انما يكون اذنا اذا كان الزوج
لها وليا فان كان غير الولي لم يكن الا بالقول وذلك لان غير الولي انما يزوج
بالوكالة والوكالة لا تصح الا بالقول واما اذا استاذنها فبكت فلا يزوجها عندهم
خلافا لمحمد وعندي انه يزوجها منها وجه قول ابي يوسف ان البكا يكون
لشدة الحياء شبيه السكوت وجه قول محمد ان البكا يدل على الكراهة فصار
كالاستماع قال وان اتت لم يزوجها وهذا لما بينا انه لا يجوز تزويجها الا برضاها
فاذا ثبت ذلك على تقدير رضاها فلم تزوجها قال واذا استاذن الثيب
فلا بد من رضاها بالقول وذلك لقوله عليه السلام الثيب تستامر في نفسها
والامر انما يكون بالقول ولانه لما اعتبر رضاها في هذا القول العقد وجب ان
يكون القول اصلا عند البيع وكذلك الناس في الناس في البكر ايضا ولما

تركوا القياس فيما للخبر قال واذا زالت بكارتها بوثبة او حيضة او نحو احمه تبقى
في حكم الابكار وقال بعض اصحاب الشافعي هي في حكم الثيب لنا قوله صلى الله عليه
البكر تستامر في نفسها فقيل انها تستحي فقال عليه السلام اذنها صماتها وسكوتها اقرارها
فجعل العلة في ذلك وجود الحياء وهذا موجود فيمن زالت بكارتها بالوثبة والحيضة
قال واذا زالت بزنا فهي كذلك عندنا وعند حنيفة رحمه الله ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا
يزوج الثيب وهو قول الشافعي رحمه الله وجه قول الحنيفة رحمه الله ان البكارة والثيوبة
لا تتعلق بها احكام النكاح فلا تكون في حكم الثيب الدليل عليه اذا وطيها بشبهة
او نكاح الموانسة انها اذا زنت مرة فلا يزول حياؤها عند الولي وانما يزول عند
الزنا لا سيما اذا لم تكثر الزنا منها والمعتبر وجود حياها عند استيذان الولي
ولها وذلك موجود قال واذا قال الزوج بلغك النكاح فسكتت وقالت ردت
فالقول قولها ولا بينة عليها وقال زفر القول قول الزوج دليلنا انه قد وجد
ههنا ظاهر يدعيه الزوج وهو السكوت وظاهر تدعيه المرأة وهو تأملها
فتعارض الظاهران والاصل ان الملك لم يزل فبقي على ما كان عليه وجه قولنا
وهو ان الاصل السكوت والزوج يدعي الاصل وهي تدعي امرا حادثا فالقول
قولها الا بدليل واما قوله ولا بينة عليها فهذا قول في حنيفة رحمه الله وعنده لا
تستحلف في النكاح وحقوقه والرجعة وانفي في الايلاء والنسب لا في الرق وحده
مثل الاستيلاد والولاء ولا في الحدود وهو قول الشافعي وهذا الاختلاف بين اصحابنا
فرع على اختلافهم في معنى النكول عند ابي حنيفة رحمه الله انه قام مقام البذل وليس بصريح
بذل وعندهما هو قائم مقام الاقرار وجه قول ابي حنيفة رحمه الله في هذه المسئلة ان
المدعى عليه اذا كان مرئيا من المدعي فهو مخير بين استاطها عن نفسه بالبينة
وبين التزامها بالنكول ومن خير بين استاط شيء عن نفسه او التزامه فانه اذا التزمه
يكون باذلا اصله الواهب والموصي ولا يشبه هذا الاقرار لان المقر ليس مخير
الا ترى انه ان كان صادقا في انه اقرار وان كان مرئيا لم يحل له ان يجحد لانه كذب
وجه قولهما ان النكول شرعه في حق المأذون والمكاتب والوكيل وبذل
هؤلاء لا يصح فلما صح منهم النكول دل على انه ليس ببذل وانه اقرار لان اقرار

هو آية لا يصح والجواب ان عند ابي حنيفة رحمه الله ليس بصريح بذلك انما اجري مجراه وهو آية يصح منهم ما اجري مجري الدليل عليه المحاباة واذا ثبت من اصل ابي حنيفة رحمه الله ان معنى البذل كان بذل النكاح وحقوقه والوفاء بحقوقه لا يصح بذل ان استيفاءها مع البذل كاستيفائها من غير البذل في الحكم المتعلق بها لم يكن استيفاؤها بالنكول باليد اليمين في حق المدعي النكول فلا يستوفي بالنكول لا فائدة لليمين فيه وما لا فائدة فيه لا تتحقق المطالبة به واذا ثبت من اصلها ان النكول قام مقام الاقرار وكانت هذه المعاني تجوز اثباتها بما قام مقام الغير كالشهادة على الشهادة جاز اثباتها بالنكول فيكون في اليمين فائدة قال ويصح عقد النكاح بلفظ النكاح والتزويج والتمليك والهبة والصدقة اما انعقاده بلفظ النكاح والتزويج فلا خلاف فيه واما انعقاده بلفظ الهبة والتمليك فهو قول اصحابنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد دليلنا قوله تعالى وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي فدل على جواز عقد النكاح للنبي بلفظ الهبة وكل لفظ جاز للنبي ان يعقد به النكاح جاز لغيره ايضا ان يعقد به اصله لفظ النكاح ولما روي ان امرأة جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت جئت لاهب نفسي منك فنظر اليها وصعد النظر وصوبه ثم طأطأ رأسه فقام رجل من اصحابه فقال يا رسول الله ان لم يكن لك بها حاجة فزوجنيها فقال صلى الله عليه وسلم اذهب فقد ملكتكها بما معك من القرآن ولانه لفظ يتعلق به التمليك من غير توقيت فجاز ان ينعقد به النكاح كلفظ الاجارة النكاح فان قيل كل لفظ ينعقد به غير النكاح فلا ينعقد به النكاح كلفظ الاجارة قيل له الاجارة التوقيت شرط في صحتها وهو مبطل للنكاح والتأبيد من شرائط النكاح وهو يفسد الاجارة فلما شرط في كل واحد منهما ما ينافيه الآخر افسد احدهما ما يصح الآخر لم ينعقد احدهما باللفظ الموضوع للآخر قال ولا ينعقد بلفظ الاجارة والاباحة وذلك لان النكاح يقتضي التمليك واللفظ الاباحة لا يفيد ذلك واما لفظ الاجارة وان افاد ذلك فانه يفيد التوقيت وذلك شرط يفسد النكاح وقد قال اصحابنا رحمهم الله ان لا ينعقد بلفظ البيع وليس بصحيح لان لفظ البيع يقتضي التمليك من غير توقيت

فهو كلفظ النكاح قال ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي بكرا كانت الصغيرة او ثيبا اما جواز العقد على الصغار فخلافا لما قال ابن شبرمة لقوله تعالى وانكحوا الايامى منكم والايم هي المرأة التي لا زوج لها صغيرة كانت او كبيرة ولان النبي عليه السلام تزوج عائشة رضي الله عنها بنت ست سنين وتزوج فاطمة بنت حمزة رضي الله عنها وهي بنت الزبير يوم ولدت فقيل له في ذلك فقال انها ستصيب خيرا وتنمي وان عمشت فهي بنت الزبير واما قوله بكرا كانت الصغيرة او ثيبا فصحيح وعندنا الملك الولي تزويج الثيب الصغيرة وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز تزويجها حتى تبلغ لنا قوله تعالى وانكحوا الايامى منكم وهو عام ولانها لا تملك التصرف في نفسها ولا في مالها فملك الولي تزويجها كالبكر والدليل ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الثيب تستأمر في نفسها فهو محمول على الكبيرة بدليل ان رجع بينها وبين البكر في اعتبار الاذن وخالف بينها في صفته والبكر التي تستأمر في نفسها هي الكبيرة قال والولي العصبة وهذا صحيح اما الاب والجد فلان الاب فلا خلاف فيه ان يزوج الصغار واختلفوا في غيرهما من العصبات فقال اصحابنا رحمهم الله كل من له تعصيب فله ولاية في النكاح كالاخ والعم وابن العم وقال الشافعي رحمه الله لا يزوج الصغار الا الاب والجد دليلنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم زوج بنت حمزة رضي الله عنه من ابن اخ سلمة وكانت صغيرة وقد روي مثل ذلك عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهم وابن عباس رضي الله عنهم وقد روي ذلك عن علي رضي الله عنه ايضا ولانه عصبة له قول صحيح فجاز ان يملك تزويج الصغيرة اصله الاب بالنسب كالجد فان قيل غير الاب والجد لا ولاية لهما في مالها فلا ولاية لهما في نكاحها كالاجنبي قيل له المعنى في الاجنبي انه لا يملك الاعتراض عليها بعد البلوغ في الكفاءة فلم يملك التزويج قبله والعم بخلاف ذلك قال فان زوجهما الاب والجد فلا خيار لهما يعني اذا بلغا وهذا استحسان والقياس ان يثبت لهما الخيار وجه الاستحسان ان الصغيرة ملكت نفسها بعد تمام العقد عليها فيثبت لها الخيار كالامة اذا اعتقت وجه الاستحسان ان النبي عليه السلام لم يخير عائشة رضي الله عنها عند بلوغها ولو كان الخيار حقا لها لاعلمها اياه قال وان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغ ان شاء قام

على النكاح وان شافعي وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف لا خيار
لها وجه قولهما ان الغبن قد تمكن عليها في المال وهو المهر ولا ولاية له في المال فلم ينفذ
تصرفه فيه ولا يمكن ازالة تصرفه في المال الا بفسخ العقد الذي وجب المال فثبت لها ذلك
وجه قول ابي يوسف رحمه الله انه ولي عليها في النكاح والمهر تبع بدليل انه يصح مع التبرؤ عنه
ولا ينعقد النكاح بنشاده واذا ولي في التبع جاز ان يلي في المتبوع قال ولاية
لعبد ولا صغير ولا مجنون ذلك لان كل واحد من هؤلاء لا يلي على نفسه فلا يلي
على غيره أولى قال ولا كافر على مسلم وذلك لان الولاية تسعى بنوع قول
الانسان على غيره والكافر لا ينفذ قوله على المسلم الدليل عليه الشهادة قال
وقال ابو حنيفة رحمه الله تجوز تلك العصبات من الاقارب التزويج وهذا الذي ذكره مثل
الام والاخت والخال هو رواية ابي يوسف ومحمد عن ابي حنيفة ورووا عنه
الحسن انه لا يزوج الصغيرة غير العصبة وهو قول ابي يوسف ومحمد والشافعي رحمه
الرواية الاولى عن ابي حنيفة رحمه الله وهو المشهور من قوله انها تواليه يتعلق بها الارث فثبت
بها ثبوت الولاية في النكاح أصله قرابة العصبة وقد روي عن علي رضي الله عنه وابن مسعود رضي الله عنهم
مثل ذلك وجه الرواية الاخرى انه شخص لا تعصيب له ولا يعترض في الكفاءة فلا يكون
له ولاية في النكاح كالاجنبي وقد قال اصحابنا رحمهم الله اذا عدم الولي فالولاية الى الامام اذ
الحاكم لقول علي رضي الله عنه السلطان ولي من لا ولي له ولان النظر في مصالح المسلمين الى الامام
والعقد على الصغيرة من ذلك فكان اليه وقد ذكر محمد في الاصل ان الحاكم اذا زوج الصغيرة
فلها الخيار وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا خيار لها وجه رواية الاصل ان ولاية الجبر انوى
من ولاية الحاكم بدليل انه يتقدم عليه واذا ملك الخيار في تزويج الام فالحاكم اولى وجه
الرواية الاخرى ان الحاكم له ولاية في المال فصار كالاب قال ومن ولي في لها
اذا زوجها مولاها الذي اعتقها جاز وذلك لانه عصبة له قول صحيح نصا
كالاب وقد قال ابو حنيفة رحمه الله ان لمولى الموالاة ان يزوج والاصل في هذا ان الولاية
في النكاح للاقرب فالاقرب ويكون لا يجتمع الاقرب مع الاجنبي وذلك لان الولاية
اذا استحقت بالتعصيب فالاقرب له تعصيب فالاقرب واذا سقطت بالميراث
فالابعد لا يرث مع الاقرب واذا ثبت هذا قال اصحابنا رحمهم الله اذا غاب الاقرب عصبة



منقطعة جاز للابعد ان يزوج وقال زفر رحمه الله لا يجوز وقال الشافعي رحمه الله يزوجها السلطان وجه
قول اصحابنا رحمهم الله قوله عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له وهذه لها ولي بالاتفاق فلا تثبت ولاية
السلطان عليها وعلى زفر رحمه الله ان تأخر النكاح الى قدوم الغايب او الولي اعتبارا اذنه
صرارا على الصغيرة الا ترى ان الكفء لا يتفق كل زمان فالولاية اذا كانت في اعتبارها ضرر
منقطعة اصله اصله اذا جز الولي الاقرب او مات وجه قول زفر رحمه الله ان ولاية الابعد
باقية بدليل انه لو زوج جاز واذا كانت ولايته باقية لم يجز للابعد ان يزوج كالولي
حاضرا والجواب ان ولايته انما تسقط لاجل الضرر الذي يكون ما تنظاره واذا زوج
فقد زال الضرر فعادت الولاية قال والعبد المنقطع ان يكون في بلد لا تصل اليه القوافل
في السنة الا مرة وهذا الذي ذكره هو الصحيح وذكره ابن شجاع وقدروا بان يحمل اسبل
وهو ما كوذ عز ذلك يقال من ههنا الى البصرة وروي عنه ايضا مثل ما بين الكوفة والري
وعن ابي يوسف ما بين بغداد والري والصحيح ما ذكره ابن شجاع رحمه الله وذلك لان الخاطب
لا يتظر اذن الولي المدة الطويلة لانه لا يعلم اياذنام لا وقد ينتظر المدة القريبة فجعلوا الفاصل
بينهما ما ذكره لان الظاهر ان الخاطب لا ينتظر هذه المدة وجعلوا هذه المدة لطولها
حوله المنقطع اذ ينتقل الولاية عنه لزلك قال والكفاءة في النكاح معتبرة وهذا الذي
ذكره لا خلاف فيه بين اصحابنا وحكى عن الشيخ ابي الحسن انها غير معتبرة وهو قول مالك
لنا قوله عليه السلام قريش بعضها اكفاء لبعض والعرب بعضها اكفاء لبعض والموالي بعضها اكفاء
لبعض حي بحي وقبيلة بقبيلة وروي جابر عن النبي عليه السلام قال لا تنكح النساء الا من الاكفاء وفيه
حديث علي عن النبي عليه السلام قال ثلاث لا يؤخرن الايم اذا وجدت لها كفؤا والذي روي عن النبي
انه قال لبني بياضة علي بحيي فضل الا بالتقوى فانما اراد به في احكام الاخرة واحتج ابو الحسن
بان الكفاءة في الدماء غير معتبرة وقد اعتبرتموها من الاحتياط فلان لا تعتبر في النكاح أولى
والجواب ان الدماء لا تعتبر فيها الكفاءة في الدين بدليل انه يقتل المسلم بالذمي وذلك
معتبر في النكاح بالاجماع فاختلفا قال فاذا زوجت المرأة غير كفؤ فللاولياء الاعتراض
بينهما وذلك لانها عقدت عقدا الحق بهم الشين والضرر فكان لهم دفع ذلك عن انفسهم ولا يمكن
ذلك الا بالتفريق والذي يؤكد ذلك ما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال لا منعن نساء ذوات
ذوجهن الا من الاكفاء وقد قال اصحابنا ان هذه الفرقة لا تكون الا عند الحاكم لان التفريق

فيعلو بشرط لا مثل نسب الدعوى فوقف على نظر الحاكم فان ثبت عنده فرق لاجل ○ وقد قال
من اصحابنا ابو حنيفة م اذا زوجها احد الاولياء من غير كفء لم يجز للباقين الاعتراض وقال ابو يوسف
ومحمد لهم ذلك وبه قال الشافعي م وقال بعضهم العقد فاسد اما الدليل على صحة العقد فلان
العقد وقع برضا المعقود عليه فلا يملك غيره من الضرر لا بوجب فساد العقد كزيادة نصيبه
من الدار على غير شريكه وجه قول ابي حنيفة م في انه لا اعتراض للباقين هو ان الاعتراض
يثبت للاولياء لما يلحقهم من الشين وهذا معنى لا يتبعض واذا ثبت تحاعنه فاشترط بعضهم
حقه شرط حق الجميع كالتصاحب وجه قولهما ان الاعتراض حق لجماعتهم فاذا رضي الحق
منهم فقد اسقط حقه وبقي حق الباقين كالدين المشترك اذا ابرأ منه بعضهم وهذا لا يجوز لان هذا
يتصور فيما يتبعض ثمنا ما لا يتبعض فلا يجوز ان يثبت حق بعضهم فيه دون بعض قال
والكفاءة تعتبر في النسب والدين والمال م وان يكون مالكا للمهر والنفقة اما اعتبار النسب
فلقوله صلى الله عليه وسلم قريش بعضها اكفاء لبعض الحديث ○ وقد قال اصحابنا ان قريشا بعضها اكفاء
لبعض ادناها لاعلاها قال محمد م الا ان يكون امرأة مشهورة انها من البيت الذي في الخلافة
واما اعتبار الدين فهو قول ابي حنيفة م وقال ابو يوسف م النسق المشتهر لا يؤثر وقال
محمد م الذي لم يعتبر الا ان يكون مواظبا مستحقا كمن يشرب ويمشي في الاسواق يسخر منه وجه
قول ابي حنيفة م ما روي عن النبي عليه السلام انه قال لا تنكح المرأة لمالها او لحالها او دينها فعليك بذات الدين
تربت يداك ولان المرأة يلحقها شين بفسق الزوج اكثر مما يلحقها بفسق نسبه فاذا منع فسق
النسب من الكفاءة فالفسق اولى وجه قول ابي يوسف م ان الفسق اذا لم يظهر لا يلحق به
شين فاذا ظهر تعلق الشين به ثم في الكفاءة وجه قول محمد م ان الاب يعير النسيب كثير المرأة
الدنيء وان كان لا يباشي ما تعلق لا يلحقها شين فاما اذا اصر مستحقا لحق والشين ما تعلق
الكفاءة وأما اعتبار الدين والمال فلان المقصود بالعقد هو الوصلة وانما تنكح المرأة لمالها
او لحالها ولان عدم المال يورث اكثر مما يورث عدم النسب فكان اولى بالكفاءة اكد واما قوله
وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة فلان المقصود بالعقد هو ذلك فاعتبر وزيادة
عليه قال وتعتبر في الصنائع وهذا الذي ذكره صحيح لان الحائك لا يكون كفؤا
للحرائر وعن ابي حنيفة م انه لا تعتبر ولا خلاف بين اصحابنا في ذلك في الحقيقة لان ابا حنيفة
انما اجاب بذلك على عادة العرب ان مواليهم يتعلمون الاعمال ولا يتصدون بها الحرف لا يأنف

وانما اجاب ابو يوسف م على عادة اهل البلاد يجدون ذلك حرفة وعيرة وزيادة في
الصنائع فلا يكون بينهم خلاف في الحقيقة ○ وقد قال اصحابنا م ان لكل واحد في الاسلام
لا يكون كفؤا لمن له اب وجد في الاسلام بكون كفؤا وهذا لا يصح لان من اسلم بنفسه يكافئ
لمسلما في ويقال لابنه ان المسلم في يعيبونه لتأخره الاسلام والمرجع في الكفاءة الى العادة
بدليل ان نصاب المال وقصور النسب قال واذا تزوجت المرأة ونقصت من مهرها فللاولياء
الاعتراض عليها عند ابي حنيفة م حتى يتم لها مهر مثلها او ينيارتها وهذا الذي ذكره قول زفر م
وقال ايضا وقال محمد م وابو يوسف م ليس لهم الاعتراض عليها وجه قول ابي حنيفة م ان في نقصان
المهر الحاق الشين بالاولياء وضرر على نسائهم وان المرأة اذا تطاولت لا يعلم ان ذلك نقصان
فيعتبر تمهر نسائها بها وفي ترك الكفاءة الحاق الشين وحده فاذا ثبت لهم الاعتراض اذا ترك
الكفاءة فلا ثبت لهم الاعتراض للشين وحده الضرر اولى وجه قولهما ان المهر حق لها تتفرد به
فكان لها اسقاطه من كالثمن في البيع قال واذا زوج الاب ابنته ونقص من مهرها او ابنه وزاد في
مهر امرأته جاز ذلك عليها ولا رجوع لكل واحد منهما على صاحبه وهذا الذي ذكره قول زفر م وقال
ابو يوسف م ومحمد م لا رجوع لكل واحد منهما على صاحبه هذا خرج العقد م وقال الشافعي م العقد جائز
والتسمية لا تصح يجب للصغيرة مهر مثلها ويشترط ما زاد على مهر امرأة الصغير وجه قول ابي حنيفة م
ان النبي عليه السلام زوج فاطمة عليا م باربع مائة درهم ونحن نعلم قطعا ان مهر مثلها اكثر من ذلك
لان المعاني الموجبة لزيادة المهر كانت مجتمعة لها فلما زوجها بذلك دل على ان للاب ان ينقص
من المهر وقد تزوج عثمان بنتها ام كلثوم باربعمائة وانها اشترتها منه على ما قلناه ولان المقصود
بالنكاح الوصلة وشرف وحسن اخلاق ذوي المال والاب كاتهم في حقها فالظاهر انه حصل لها
من مقاصد العقد اكثر مما فوت عليها من المهر ولا يتهم عليها والابنة هذا اذا باع
الاب لها شيئا ونقص من ثمنه انه لا يجوز لان المقصود من هذا العقد المال وقد فوته فلم
يحصل المقصود وجه قولهما ان المهر مال من اموالها فاذا نقص من الاب يجب كالنقص في
البيع وقد بينا الفرق بينهما قال ويصح النكاح اذا سمى فيه مهرا ويصح واذا لم يسم فيه مهرا
او اجر او مع التسمية فلقوله م واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم ولان المال يتعلق الاباحة بشرط المال
ولانه عقد لا يقتضيه التبرع فلا يبعد الا بعوض بمنزلة اصل البيع واما جوازه مع عدم
التسمية فلقوله م لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة فحكم بصحة

الطلاق في نكاح لا مهر فيه والطلاق لا يقع الا عقد صحيح فدل على ان عدم التسمية لا تمنع صحة العقد وما روي ان عبد الله بن مسعود مر في امراة مات عنها زوجها ولم يفرض لها شيئا فقال عبد الله لها مهر مثل نسائها لا شطط ولا وكس فقال له معقل بن سنان الاشجعي قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في بروع بنت واشق مثل ما قضيت فسر بذلك ابن مسعود رضي الله عنه قال واقل المهر عشرة دراهم فان سمى اقل من عشرة فلها عشرة وقال ابو حنيفة المهر ليس بمقدر وجاز ان يكون بيعا لان الاجارة في الاحباس جازت ان تكون مهرا دليلنا قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم فشرط في الاباحة ان تبتغى بالاموال وهذا لا يطلق على القليل والكثير على العشرة لولا قيام الدليل وما روي جابر رضي الله عنه قال لا تنكح النساء الا من الاكفاء ولا مهر اقل من عشرة دراهم ولان احدا من المسلمين لم يعقد النكاح فجاز ان يدخله التقدير اصله عدد المنكوحات الذي روي عن النبي عليه السلام انه قال من استحل بدرهمين فقد استحل بعقيد وقوع الاستحلال وان سمى درهمين بذلك لان قوله لا انه يجب ان يتم لها العشرة وليس في الخبر ما ينفي الجواز الزيادة واذا ثبت ان اقل المهر عشرة دراهم فاذا سمى في العقد دون العشرة قال اصحابنا التسمية صحيحة ويتم لها عشرة وقال زفر التسمية فاسدة ولها مهر مثلها وجه قولهم ان ما دون العشرة فهي تسميته مع غيره فصح بانفراد كسائر الاموال واذا ثبت صحة تسمية الخمسة كان لها عشرة ولم يجب مهر المثل وجه قول زفر ان تسميه ما دون العشرة لا يصح في النكاح وما لا يصح تسميته اذا سمي وجب مهر المثل كالخمر والخنزير واما قلنا انه يكمل العشرة لان العشر لا يتبعض في حكم العقد بدليل انه لا يثبت بعضها دون بعض وما لا يتبعض تسميه بعضه كتسمية كله اصله الطلاق قال ومن سمى مهرا اعشر فاذا دخل بها او مات عنها وجب لها مهر مثلها وهذا على ذلك الاصل في النكاح على ضربين احدهما ثبت بالتسمية والاخر بشرط الحكم وهو مهر المثل وجميع ذلك يجب بالعقد وذلك لان ما ثبت عليها المبدل بالعقد وجب ان يملكها في مقابلته كالبيع واذا ثبت ان المهر يجب بالعقد قال اصحابنا المسمى يستقر باحد ثلاثة اشياء بالدخول وموت احد الزوجين والخلوة الصحيحة اما استقراره بالدخول فلانه استيفاء للمعقود عليه فوجب ان يستقر به البدل اصله التعرض في البيع واما استقراره



بموت احد الزوجين فلان الموت قد اجري مجرى الدخول بدليل وجوب العدة فاذا اقتضى المهر وما هو دون ذلك كالموت الذي اجري مجراه واما استقراره بالخلوة الصحيحة فنحو ما قلنا عند ابي حنيفة رحمه الله قال فان طلقها قبل الدخول فلها نصف المسمى وذلك لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم قال فان مات زوجها ولم يسم لها مهرا او تزوجها على ان لا مهر لها فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها اما وجوب مهر المثل عند عدم التسمية فلما روي ان عبد الله بن مسعود رضي الله عنه سئل عن امراة مات عنها زوجها ولم يكن فرض لها شيئا ولم يدخل بها فقال عبد الله لها صداق نسائها فقال معقل بن سنان الاشجعي قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في بروع بنت واشق الاشجعية مثل ما قضيت فسر بذلك وكان البضع احق ما يستباح الا بدل وقد ملك البضع في هذا العقد بغير بدل سمي فوجب لها قيمة البضع وهو مهر المثل ○ وقد قال اصحابنا ان مهر المثل يستقر باذكرنا ان المسمى يستقر به للمعنى الذي ذكرناه وقد قال اصحابنا ان مات احدهما قبل ان يدخل بها فلا مهر لها فلها مهر المثل ايضا وقال الشافعي اذا مات احدهما قبل ان يدخل بها فلا مهر لها وانما يجب المهر في هذه المسئلة بالدخول لا بالعقد وهذه مسئلة المنوضة وهذا لا يصح لحديث معقل بن سنان ولم يفصل بين ان تسكت عن مهرها او تعقد على ان لا مهر وهو الدليل على ان العقد يجب به مهر المثل ان لها ان تحابس الزوج وتطالبه بفرض المهر وذلك ان الحبس نفسها ومنع حتى يفرض لها ويعطيها ولو لم يجب البدل لم ملك حبس نفسها لان قيل انها انما حبست نفسها ليفرض لها قيل له لو ملك عليها المعقود عليه بغير بدل لم تثبت حق الحبس كما لا تثبت للواهب واذا ثبت ان مهر المثل وجب بالعقد وجب ان يستقر بها الموت كالمسمى فان قيل لو وجب مهر المثل بالعقد لتنصف بالطلاق قبل الدخول قيل له الطلاق قبل الدخول يرد المعقود عليه الى ملك العاقد والموت يتلف المعقود عليه على ملك العاقد فصار الطلاق كفسخ البيع والموت كتلف المبيع بعد القبض ولا يجوز ان يستدل بسقوط البدل في احد المواضع على سقوطه في الموضع الاخر قال فان طلقها قبل الدخول فلها المتعة ثلثة اثواب من كسوة مثلها اما وجوب التعة فلان ما قاله ما لك انها مستحقة بنزول الموت عليها من الزوج قدره وعلى

المتعة قدره والامر على الوجوب ثم قال حقا على المتقين الخ يقتضي الوجوب واما المتعة فقال اصحابنا ملبس ثوب ودع وخادم وملحفة وقال الشافعي هم ملبوسهاوقدر بثلثة اثواب عن سعيد بن المسيب وعطاء والحسن والشعبي وقال ابن عباس هم ارفع المتعة الخادم ثم دون ذلك الكسوة ثم دون ذلك النفقة والدليل على ما قلناه قوله تعالى متاعا بالمعروف وهذا اسم العرض لان المتاع نظيرا في النكاح وهو الكسوة وليس لاقل الثياب من الدراهم نظير فكان الحاقه بالعرض اولى قال وان تزوج المسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها اما الجواز فلان فساد المهر لا يوجب فساد العقد ولو اوجب فساده لفسد ايضا لتكونه عنه كالثمن في البيع واذا صح العقد وكان المسلم لا يجوز ان يملك الخمر ولا يملكها سقط ذكرها فكانه تزوجها بغير مهر فيجب مهر المثل قال وان تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسميته فمتى لقيها او خلا بها او باتها فان طلقها قبل الدخول فلها المتعة اما ثبوت التسمية فلنزول الآية بايجاب المتعة ولان الله تعالى اسقط عنه نصف ما سماه بقوله فنصف ما فرضتم ولم يفصل والعلائق قبل يا رسول الله وما العلائق قال ما تراضى عليه الاهلون ولم يتصل ولانها تسمية صحيحة مع بقاء العقد فوجب ان تستقر بالدخول اصله اذا كان في نفس العقد واما اذا طلقها قبل الدخول فلها المتعة وعن ابي يوسف ان لها نصف المسمى وبه قال الشافعي هم لنا ان عقد النكاح خلا من تسمية فوجب ان يثبت لها بالطلاق قبل الدخول المتعة اصله اذا لم يفرض لها ولانه لما لم يتم في العقد فلا تتعرض بالطلاق كمهر المثل وجه قول ابي يوسف هم قوله تعالى فنصف ما فرضتم ولم يفصل والجواب ان هذا خطاب للازواج في اول حال ملكوا الطلاق وذلك عقيب النكاح والفرض هناك لا يكون الا في حال العقد فلم يجز حمل الآية على فرض يعود لذكر قال فان زادها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة وقال زفر هم لا تلحق بالعقد وهي هبة ان قبضت ملكت وبه قال الشافعي هم لنا قوله تعالى لا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة ولا خلوا اما ان يكون ذلك التصادق او الزيادة او الابراء ولا سبيل الى الاخير ان لاذ لك لا يقف عليها خاصة لا على التراضي ولا الى الاول ان اراد به الهبة المبتدأة لان ذلك لا تعلق له بالفرض فلم يبق الا ان يكون المراد به الزيادة ولانه يغير نصف المهر فتعلق بهذا الاستحقاق كالحط واذا ثبت انها تلزم بالعقد استقرت بالدخول وجه

المراد

الدخول

قوله زفر ان الاستباحة في ملك لا يصح بذل العوض عن ملكه قلنا يبطل اذا تزوجها بمهر مثلها ثم فرض ويبطل ايضا بالعوض عن الهبة بعقدها قال وتسقط بالطلاق قبل الدخول وعن ابي يوسف ان لها نصف الزيادة وجه قوله المشهود ان الزيادة تلحق بالعقد وتصير كالموجود فيه فتبعض بالطلاق قال واذا حط عنه من مهرها صح الحط وذلك لان العقد على ملكها فله ان يجوز خلعها فاذا حط لحق بالعقد كالوحط حال العقد قال واذا خلا الزوج بامرأته وليس هناك مانع من الوطي ثم طلقها فلها كال مهرها وهذا الذي ذكره صحيح وذلك لان المهر عندنا يستقر للخلوة الصحيحة وهو قول الشافعي هم في القديم وقال في قول آخر لها نصف المهر لما روي عن النبي عليه السلام انه قال من كشف خمار امرأة ونظر اليها وجب لها الصداق دخل بها او لم يدخل وكشف الخمار لا يكون الا في الخلوة وقد عبر بذلك عنها وعن علي رضي الله عنه انها قال لا انها قالا اذا اغلق بابا وارخى سترا وجب المهر وعن ابن عمر ومعاذ وزيد مثله ولان التسليم المستحق بالعقد قد وجد فوجب ان يستقر البدل اصله التخلية في العقار فان قيل قال الله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد تم لهن فريضة فنصف ما فرضتم قيل له المس لا يعبر به عن الوطي في اللغة وانما هو كناية عن الوطي ونحن نقول انه كناية عن الخلوة لان الانسان لا يمتنع امرأته في العادة الا في الخلوة فليس لما يقوله اولى مما نقوله فان قيل انه طلاق قبل الاصابة فوجب ان يعود اليه نصف المهر كما لو كان قبل الخلوة قيل له قبل الخلوة لم يوجد التسليم المستحق عليها ولا اشتغل الزوج المعقود عليه فلم يستقر البدل وههنا وجد التسليم المستحق بالعقد فصار كما لو سلمت نفسها فوطيها قال فان كان احدهما مريضا او صائما في رمضان او محرما بحج او عمرة او كانت حائضا فليست خلوة صحيحة والاصل في هذا ان الخلوة الصحيحة التي يستقر بها المهر هي ان تسلم نفسها وليس هناك مانع من الوطي والمانع على ضربين مانع من طريق الشاهد مثل ان يكون هناك ثالث او يكون احدهما مريضا مرضا يمنع الجماع وذلك لان التسليم المستحق بالعقد لم يوجد لانه يرجع في العقد تسليم على غير هذه الصفة فصار كما لو باع اخلى بين المشتري وبين السلعة وهناك مانع للمشتري منها على هذا المرض لانه يرجع ولا يلزمه التسليم

واذا بطل العقد بقي جائزا وان باطل ما جعلاه صداقا فالعقد يفرض صداق موجب مهر المثل قال وان تزوج حر امرأة على خدمته سنة او على تعليم القرآن فلها مهر مثلها وقال الشافعي كلما يجوز اخذ العوض عنه فانه يكون مهرا دليلنا ان منفعة الحر ليست مال ولا يتحقق تسليمها تسليم مال فلا يكون مهرا كمنفعة البضع واما تعليم القرآن فلانه ذكر واجب فتعليمه لا يكون مهرا كتعليم التهاذيب قال قيل انها منفعة يجوز اجارتها فجاز ان تجعل صداقا كمنفعة العبد قيل له منفعة العبد تتعلق بحق الغير فجاز بها فجاز ان يكون مهرا ومنفعة الحر لا تعلق بها حق الغير فلم تكن مهرا فان قيل روى عن النبي عليه السلام انه قال في خطبة الواهبة زوجتكها بما معك من القرآن قيل له لا دليل فيه لانه قد روي في بعض الاخبار انه قال هذا لك لا يحل لاحد بعدك ولانه قال بما معك من القرآن وما معه لا يكون مهرا بالاتفاق وانما عندهم يكون مهرا اذا شرط تعليمها سورة بعينها وقد روي ابن انه لو تزوجها على ان يرعى غنمها سنة صح والصحيح على رواية الاصول انه لا يصح كما لا يصح في الخدمة قال فان تزوج عبد مأذون مولاه على خدمته سنة جاز لان منافع العبد يستحق بتسليمها تسليم مال وهو الرقبة فجاز ان يكون مهرا كما لو تزوجها على مال قال واذا اجتمع في المجنونة ابوها وابنها فالولي في نكاحها ابنها عند ابي يوسف وقال محمد ابوها وجه قول ابي يوسف ان الابن هو العصبة والاب معه ذو سهم فصار كالاخ لاب مع الاخ من الاب والام وقد روي معنى هذا عن ابي يوسف ايضا انه قال ايهما زوج جاز وان اجتمعا قلت للاب زوج لان الابن منهي عن التقدم على ابيه وجه قول محمد ان الاب ينزعها والابن من غير فزعها فكان الاب اولى ولان الاب اولى بالتصرف مالها فصار كالاب والاخ قال ولا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن مولاها اما الامة فلان منافع بضعها على ملكه فلا يصح عقدها عليها الا باذنه كتابيا ملاكه واما العبد فلانه لا يصح عقده ايضا وقال ابو يوسف ومحمد يصح لنا قوله صلى الله عليه وسلم ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولانه عقد تبرع فلا يملكه العبد بغير اذن مولاه كالبيع قال واذا تزوج العبد باذن فالمهر دين في رقبته يباع فيه وذلك لانه دين لزم

العبد بسبب يثبت حقه وحق مولاه وهذا على اصلنا ان العبد يباع في دينه فاما المدبر والمكاتب فيسعون في المهر لان دين العبد يتوفى من رقبته وقد تعذر الاستيفاء من الرقبة بالتدبير والكتابة فلم يبق الا ان يستوفى من الكسب فاما ما لزم العبد من ذلك بغير اذن مولاه فانه يتبع به بعد العتق لانه دين لزم بسبب لم يثبت حق المولى فصار كالدين الذي قرضه العبد قال واذا زوج امته فليس عليه ان يطأها ثيب الزوج ولكنها تخدم المولى ويأتيها الزوج متى طهرت وطابت نفسها وذلك لان المولى عقد على منافع بضعها ومنافع رقبتها له فلو لزمته التبوئة لاستحق عليه منافع اعضائها ولم يعقد عليها وذلك لا يجوز والتبوئة ان يخلي بين الزوج والامة وبين زوجها في منزله ولا يستخدمها واذا ثبت انه لا يلزمه التبوئة وحق الزوج ثابت في منافع البضع قبل له استوفها اي وقت قدرت عليها قال واذا تزوجها على الف درهم على ان لا يخرجها من البلد او على ان لا يتزوج عليها فان فعل فامرها بيدها فليس لها ان تزوج عليها او اخرجها فلها مهر مثلها يعني اذا كانت التسمية اقل من مهر المثل وقال زفر لها ما سمي لها لانها لم ترض بالتسمية عوضا الا لمنفعة اخرى فاذا لم يسلم لها وجب تمام مهر مثلها ولنا ان شرطت ان يهدي لها هدية وجه قول زفر ان ما ليس بمال لا يستحق بالعقد الا بوجوب عوض عند فواته وما هو مال يستحق فاذا لم يسلم لها جاز ان ترجع التسمية الى تمام العوض قال فان تزوجها على خمر او خنزير موصوف صحت التسمية ولها الوسط منه وقال الشافعي رحمه الله التسمية باطلة ولها مهر مثلها اما الدليل على جواز التسمية فلانه يجوز ان يكون مالا فاذا ثبت هذا فله الوسط كما لو سمى ثوبا او دابة ولان الجهالة لا تمنع صحة العقد فان قيل التسمية مجهولة قلنا ثبت النكاح كالدار والثوب قيل له الثوب مجهول الجنس والصفة ومهر المثل مجهول القدر معلوم الصفة فكان الرجوع الى مهر المثل اعدل وفي مسئلتنا الجنس معلوم وانما الجهالة في الصفة وهذه الجهالة دون جهالة مهر المثل الا ترى ان القاضي لا يحتاج الى اكثر من اعتبار حال العبد وادنى الوسط

الوسط وفي مهر المثل يحتاج الى اعتبار مهور نسائها ثم يعتبر الوسط فلو اسقط
عن المسمى المجهول لاسقطنا الى ما هو اكثر جهالة وهذا لا يصح والجواز في ذلك
لان الخيار لا يثبت الذمة شوتا صحيحا الا ترى ان مستهلكه لا يلزمه مثله
فخير من لزمه بين تسليمه وتسليم قيمته كالدين قال ولو تزوجها على ثوب
غير موصوف كان لها مهر مثلها وذلك لان الجهالة في الاعواض تمنع صحة العقد
بدلالة البيع والاجارة وانما شرع في المهر بقدر من الجهالة الا ترى ان النكاح
يثبت فيه مهر المثل وهو مجهول ومن الجهالة ما هو اكثر من الجهالة في المهر كجهالة مهر المثل
او اقل فهو مشروع بها وكل جهالة تزيد على جهالة مهر المثل فانها تمنع صحة التسمية
قياسا على سائر الابدال واذا ثبت هذا الاصل فلنا جهالة نوب اكثر من
جهالة مهر المثل لان الثوب يقع على القطن والكتان والخز والابريسم وهي
تختلفه وانواعها تختلفه وهذه الجهالة اكثر من جهالة مهر المثل فتمنع صحة
صحة التسمية واذا بطلت التسمية وجب مهر المثل لانه موجب العقد وانما
يعدل عنه بالتسمية الصحيحة ولم يوجد قال ونكاح المتعة والنكاح
المؤقت باطل اما بطلان المتعة فلما روي



روي عبد الله والحسن ابنا محمد بن الحنفية عن ابيهما رضي الله عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم حرم يوم
خيبر متعة النساء ولحوم الحمر الاهلية وروي علي بن الحسين عن النبي عليه السلام انها ثابتا ونقد
روي ان عمر رضي الله عنه خطب يوم صعد المنبر فحمد الله واثنى عليه ثم قال ما بال رجال يسيرون هذه المتعة
وقد نهى عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم لا اجد احدا تعمها الا رجمته بالحجارة واما اذا تزوج امرأة
ساعة معلومة فالنكاح ايضا باطل هذه المتعة وقال زفر النكاح جائز وهو مؤبد والشرط
باطل لنا ان الاخلال اما ان يمنع العقد في الابد دون غيره او غيرها وهذا معنى المتعة اذ يمنع في المدة وبعدها فيستحق البضع عليها بغير رضاها وهذا لا يصح ولان المتعة هو الاستمتاع المرجو هذا
موجود وان عبر عنه بلفظ النكاح والعقود لا تختلف باختلاف الالفاظ اذا وجدت معانيها
وجه قول زفر ان نكاح شرط فيه شرط فاسد فلا يبطل كما لو تزوجها على ان يطلقها بعد عشرة
ايام وهذا لان الابد لا ينافي النكاح وانما شرط قطعه بذكر الطلاق والنكاح المؤبد لا يبطله
الشرط قال وتزويج العبد والامة بغير اذن مولاهما موقوف فان اجازه المولى جاز وان
رده بطل وكذلك لو زوج رجل امرأة بغير رضاها او رجلا بغير رضاه يجوز ويقف على الاجازة
وقال الشافعي لا يقف ولا ينعقد لنا ما روي عروة بن الزبير عن حبيبه عن الحجاج
زوجها بالحبشة من رسول الله صلى الله عليه وسلم على صداق اربعة الاف وكتب ذلك الى رسول الله صلى الله عليه
فقبل ذكره ابو بكر الرازي في احكامه عن ابي داود فان قيل روي ان عمر رضي الله عنه ضرب
قبل عن النبي صلى الله عليه وسكاز وكيلا له وجهه الى الحبشة في نكاحها قيل لو كان كذلك لاشتهر
النبي عليه في التبوك لان عقد بحضرة جماعة وفرعه فجاز ان يقف على اجازته بحضرة اصله الرضيه
خرج المال ولان الاخبار التي كل واحد منها يقف على الاخر فجاز ان يقفا على معنى تثبت عليها
كشهادة الشاهدين لما وقفت شهادة كل واحد منهما على شهادة الاخر جاز ان يقف شهادتهما
على فعل الحاكم جاز ذلك وروي عن النبي عليه السلام انه قال ايما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها
باطل فقيل له لا دليل فيه لانا نبطل العقد لاستبداد ها به على الولي تركه الرجوع اليه والى اذنه
وهذا يقتضي انه اذا رضي به واذن فيه بعد انعقاده صح لزوال المعنى الموجب لبطلانه فان قيل
ان نكاح لا يعقبه الاستباحة فوجب ان يكون باطلا كنكاح المعتدة قيل له هذا يبطل

ان تزوج بصغيرة فالعقد صحيح ولا يتعقبه الاستباحة فوجب ان يكون باطلا والمعنى في الاصل ان العقد لا يصح ثم التراضي فلم يصح بغير رضاه وبيانه ان العقد اذا قارنه ما يبطله كذلك اذا تأخر عنه واذا ثبت ان العقد اذا عقده من لا يملكه وقف على من يملكه فلنا العقد والاهلية لا يملكان العقد بغير اذن الولي فاذا عقدا وقف على الولي فاذا اجاز جاز واستند اجازته الى العقد وصار كأنه عقد اذنه وكذلك لا اخ لو اذا زوج رجلا او امرأة بغير اذنها وقد قال اصحابنا ايما اذا زوج العبد بغير اذن مولاه ودخل بها فرق بينهما ان اجاز المولى النكاح والنبا ان يلزمه مهر بالدخول ومهر بالاجازة وذلك لان الدخول في النكاح الموقوف كالدخول في النكاح الفاسد يجب به مهر المثل فاذا اجاز العقد وجب بالعقد الصحيح مهر آخر فصار كما لو تزوج امرأة نكاحا فاسدا ودخل بها ثم تزوجها نكاحا صحيحا فانه يلزمه مهران لا اختلاف ان لا يلزمه الا مهر واحد لان مهر المثل لو وجب لتعلق بحكم العقد الا ترى انه لو لا العقد لوجب به الحد والمسمى يجب بالعقد ايضا فلو اجتمعا لاوجب العقد الواحد مهرين وهذا لا يصح قال ويجوز لابن العم ان يزوج بنت عمه من نفسه وهذا الذي ذكره صحيح والنكاح ينعقد بالواحد وكذلك اذا وكل رجلا ان يزوجه امرأة وكلته المرأة بذلك تنعقد بهما جاز وقال زفر لا ينعقد النكاح بالواحد وقال الشافعي ان كان وليها والزوج ابن العم جاز لان ابن العم يزوج بنت ابنه من ابن ابنه فان كان وكيلا لم يجز لانه لو قال زوجتك لم يدر انه قال لنفسك او لموكلك والنكاح في الثاني ان كنا ما طالبناكم من البينة على قولكم فالبينة عليكم تكون في شاهد ويمين فيما لا يبرء عن ماله ولا يسقط لها في مهرها فنحن ان سلكنا هذا المسلك في الصداق فهذا بدل على جواز تزوج ابن العم ابنة عمه من نفسه وما روي ان النبي عليه السلام صفية بنت حيي وتزوجها وجعل عتقها صداقها واضاف العقد اليه وهو وليها بالولاية ولان يملك احد الزوجين النكاح وقوله فجاز ان ينفرد بعقده كالمولى اذا زوج امته من عبده والجد اذا زوج بنت ابنه من ابن ابنه فان قيل روي عن النبي صلى الله عليه انه قال لا نكاح الا بولي وشاهدين فهو نكاح الولي الخاطب والشاهدان قبل هذا الخبر مطعون في رواته ولو صح فالمراد به كمال النكاح لان حضرة اربعة موصوفين بهذه الصفة اذا اجتمعت الصفات في واحد تمت فضيلة

---

ان تزوج بصغيرة فالعقد صحيح ولا يتعقبه الاستباحة فوجب ان يكون باطلا والمعنى في الاصل ان العقد لا يصح ثم التراضي فلم يصح بغير رضاه وبيانه ان العقد اذا قارنه ما يبطله كذلك اذا تأخر عنه واذا ثبت ان العقد اذا عقده من لا يملكه وقف على من يملكه فلنا العقد والاهلية لا يملكان العقد بغير اذن الولي فاذا عقدا وقف على الولي فاذا اجاز جاز واستند اجازته الى العقد وصار كأنه عقد اذنه وكذلك الاخ لو اذا زوج رجلا او امرأة بغير اذنها وقد قال اصحابنا ايما اذا زوج العبد بغير اذن مولاه ودخل بها فرق بينهما ان اجاز المولى النكاح والنبا ان يلزمه مهر بالدخول ومهر بالاجازة وذلك لان الدخول في النكاح الموقوف كالدخول في النكاح الفاسد يجب به مهر المثل فاذا اجاز العقد وجب بالعقد الصحيح مهر آخر فصار كما لو تزوج امرأة نكاحا فاسدا ودخل بها ثم تزوجها نكاحا صحيحا فانه يلزمه مهران لا اختلاف ان لا يلزمه الا مهر واحد لان مهر المثل لو وجب لتعلق بحكم العقد الا ترى انه لو لا العقد لوجب به الحد والمسمى يجب بالعقد ايضا فلو اجتمعا لاوجب العقد الواحد مهرين وهذا لا يصح قال ويجوز لابن العم ان يزوج بنت عمه من نفسه وهذا الذي ذكره صحيح والنكاح ينعقد بالواحد وكذلك اذا وكل رجلا ان يزوجه امرأة وكلته المرأة بذلك تنعقد بهما جاز وقال زفر لا ينعقد النكاح بالواحد وقال الشافعي ان كان وليها والزوج ابن العم جاز لان ابن العم يزوج بنت ابنه من ابن ابنه فان كان وكيلا لم يجز لانه لو قال زوجتك لم يدر انه قال لنفسك او لموكلك والنكاح في الثاني فاسد لانا نقول ما طالبناكم من البينة على قولكم فالبينة عليكم تكون في شاهد ويمين فيما لا يبرء عن ماله ولا يسقط لها في مهرها فنحن ان سلكنا هذا المسلك في الصداق فهذا بدل على جواز تزوج ابن العم ابنة عمه من نفسه وما روي ان النبي عليه السلام صفية بنت حيي وتزوجها وجعل عتقها صداقها واضاف العقد اليه وهو وليها بالولاية ولان يملك احد الزوجين النكاح وقوله فجاز ان ينفرد بعقده كالمولى اذا زوج امته من عبده والجد اذا زوج بنت ابنه من ابن ابنه فان قيل روي عن النبي صلى الله عليه انه قال لا نكاح الا بولي وشاهدين فهو نكاح الولي الخاطب والشاهدان قبل هذا الخبر مطعون في رواته ولو صح فالمراد به كمال النكاح لان حضرة اربعة موصوفين بهذه الصفة اذا اجتمعت الصفات في واحد تمت فضيلة

---

تترك ذلك قوله عليه السلام الحق بالفراش وهذا ولد على فراشها فلا ولاية للعصبة ذكر ثم جاز ان يختار الواحد الفرض والتعصيب لاجتماع المتفرق فيه ولم يوجد العدد كذلك هذا وانما ذكر العدد لان العاقلة الولي غير الزوج فخرج الكلام على الغالب وجه قول زفر ان العقد لا يتفرد به الواحد كالبيع قال واذا اذنت الحرة لرجل ان يزوجها من نفسه بعقد فهو شاهد جاز وهذا على ما بينا ان عقد النكاح يجوز ان ينعقد بالواحد اذا ملك الاجاب والقبول قال واذا ضم الولي المهر ضمانا فالنكاح جائز في قول الخليفة وقال زفر هو باطل لان الولي لا يملك قبضه الا باذنها فصار كالاجنبي لو ضمن المهر اجنبي صح وكان للمرأة مطالبته او مطالبة الزوج كذلك هذا ولا يشبه هذا الوكيل بالبيع اذا ضمن الثمن عن المشتري لانه لا يجوز ان يجتمع البيع تتعلق الوكيل والثمن من حكمه ان يكون لامانة في يد الوكيل فاذا ضمن صار مضمونا وهذا ضد الامانة فلم يصح وفي النكاح يجتمع العقد لا تتعلق بالولي فلا يؤدي الى ذلك قال واذا افرز القاضي مهر المرأة وجهزها في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا مهر لها وذلك لان رسول الله صلى الله عليه ابى المرأة بكت نفسها بغير اذن وليها نكاحها باطل فان فارقها قبل الدخول فلا مهر لها لانها استحقت بالعقد ما استحقت وهو التسليم ولم يوجد وان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها ولانه لما تعذر ايجاب المسمى بالعقد لانه باطل وجب مهر المثل بالدخول لان البضع لا يخلو عن عوض اذ هو مال في حق المسلم والعقد الفاسد لا يصلح سببا لايجاب المسمى فوجب مهر المثل وهو مهر نسائها لما قلنا ويعتبر بالعقد الصحيح لان الموجب هو الوطء والعقد الفاسد لا يجب بدل المنفعة بل المستوفى بالعقد الصحيح لانها موجبه بكمالها والعقد الفاسد لا يجب بدل المنفعة بل المستوفى بالعقد الفاسد لانها موجبه بكمالها والعقد الفاسد لا يجب بدل المنفعة بل المستوفى بالعقد الفاسد لانها موجبه بكمالها والعقد الفاسد لا يجب بدل المنفعة بل المستوفى بالعقد الفاسد لانها موجبه بكمالها

---

Mehmet Ali Ayni

من زينب بنت جحش بها ثلاثا فردها وقال لم نسمع على قبل ذكر هذا الحديث البخاري وذكر فيه
فعلى سبيلها وهذا بعيد الطلاق ورواه كعب بن عجرة ايضا وقال راى بكعبها بياضا فقال النبي
ثبت بك والحق بها هلك وهذا بعيد الطلاق ايضا فان اختلفت الالفاظ وجب الوقف فيه وان
ثبت فالوجه احتمال ردها بالطلاق على احتمال ردها بالفسخ واذا اختلف حمله على ردها بالطلاق
ليوافق الخبر الآخر قال — واذا كان عنينا اجله الحاكم حولا فان وصل اليها والا فرق بينهما
ان طلبت المراة ذلك وقال قوم لا خيار لها دليلنا ما روي سعيد بن المسيب ان عمر بن
الخطاب رضي الله عنه قضى في العنين انه يوجل سنة فان قدر عليها والا اخذت منه الصداق كاملا وفرق
بينهما وعليها العدة وعن علي قال يوجل سنة فان وصل اليها والا فرق بينهما فان قيل روي
عن علي ان امراة رفعت الى زوجها وشكت عجزه فقال له الحق بهلك فقال هلكت
واهلكت يا امير المؤمنين فخلى سبيلها فقد روي عن علي خلاف ذلك وقد روي ان هذه المراة قالت له
انه لم يكن منه الا مرة واحدة وعندنا اذا وطيها مرة واحدة فلا خيار لها واذا ثبت هذا قال —
اصحابنا اذا رفعت المراة زوجها فادعت انه عنين فان التاجي يتاله اهل وصل اليها او لم يصل لانها
ادعت عليه العجز بلا اذن بعروض البعوي من جهته لجواز ان يصدقها على ذلك فان قالت قد
وطيتها تاله التاجي يكرا هي ام ثيب فان قالت ثيب فالقول قول الزوج لان الظاهر ان من دخل
بالثيب يطاها ومن شهد الظاهر كان القول قوله وان قالت اني بكر نظر اليها النساء ويكفي
بامراة واحدة لان المقصد منه لا يجوز الا الاطلاع عليه فتقبل فيه شهادة النساء كالولادة
وانما قلنا لو خرجا مراة واحدة لان ما تقبل فيه قول النساء منفردات يقتصر فيه على الواحدة كاخبار رسول
الله صلى الله عليه وسلم والشهادة على الولادة فان نظر الاقران عنده فوجدوها ثيبا فان قال انها ثيب كان القول قول الزوج
لما بيناه وان قال انها بكر فان القول قولها لانه لو كان وصل اليها لزالت البكارة فكان الظاهر
معها واذا ثبت انه لم يصل اليها باقراره او بينة البكارة اجله التاجي حولا لما روينا عن علي
وعمر ولانه مستعود هم ان العنين يوجل سنة ولان تعذر الوطي يجوز ان يكون لزلة عرضت
فاصلا زال المعتاد فذلك يكون في سنة فلذلك اعتبرت واول السنة من حين ترافعا الى التاجي
ولا يحتسب على الزوج بما قبل ذلك لما روي ان عمر رضي الله عنه كتب الى شريح ان يوجل العنين سنة
من يوم يرتفع اليه ولان امتناعه من الوطي قبل التاجيل لجواز ان يكون للحجر ولجواز ان يكون للكراهة فيها
فاذا اجل فان اقام على الامتناع فوطيها فذاك لم يعتبر وما قبل التاجيل واذا ترافعا اليه بعد الحول
وادعت انه لم يصل اليها سال التاجي عن ذلك فان قال قد وطيتها وهو ثيب فالقول قوله لما بينا
وان كانت بكرا نظر اليها النساء فان قلن انها بكر فالقول قولها وان قلن انها ثيب فالقول قول
الزوج لما بينا واذا ثبت انه لم يطاها اما باقراره او بينة البكارة خيرها التاجي وذلك لان العيب
قد يثبت واستقر بثبوته لها الخيار بين الرضا بالعيب وبين الفسخ فان اختارت المقام معه بكل
حقها ولم يكن لها خصومته بعد ذلك ابدا في هذا النكاح لانها رضيت بالعيب فسقط
خيارها واختيارها المقام معه هو قول التاجي سمي لانها فرقة تعلق بسببها الزوج طلاقا
على النكاح فتختص به كالفرقة الواقعة بلفظ الطلاق وانما تقوم التاجي مقامه فيها ويكون
بائنة لان التاجي فسخها من زوج لا مستقر مهرها معه فلو جعلناه رجعيا الراجعها واحتاج
التاجي الى التفريق ثانيا ويكون لها المهر كاملا لان الخلوة قد وجدت والمهر عندنا يستقر بها
وعليها العدة لانه وطء لها كمال المهر فلزمتها العدة كالمدخول بها فان وصل اليها مرة واحدة بطل
حقها من الخيار ولان الخيار ثبت لعدم استقرار المهر والوطي الواحد يستقر به المهر فلا يعتبر بما
زاد عليه واما قوله اذا طلبت الفرقة فلها ذلك حولها فيقف حكم الحاكم فيه على طلبها كالعنين
قال — والفرقة تطليقة بائنة ولها كمال المهر اذا كان قد خلا بها وقد بينا وجه ذلك قال — وان
كان يجوز ان فرق بينهما في الحال لم يؤجله بعني اذا طلبت المراة ذلك لان العلم يعجزه عن الوطي
في الحال اكثر من العلم بعجز العنين بعد الحول فههنا في الحال
اولى قال — والخصي يوجل كما يوجل العنين وذلك لان الخصي قد يكون منه الوطي وهو مريض العنين
وقد قطع الوتر وجبه وهي تعلم بالعنة لم يكن لها خيار لانها عقدت مع العلم بالعيب فلم
يكن لها خيار كالثيب اذا عقدت مع علمه بالعيب قال — واذا اسلمت المراة وزوجها كافر
عرض عليه التاجي الاسلام فان اسلم فهي امراته وان ابى الاسلام فرق بينهما وقال الشافعي
ان اسلم قبل الدخول فامره في الحال ان كان بعد الدخول فقف على انقضاء العدة فان اسلم
حتى انقضت عدتها وقعت الفرقة بينهما لما روي ان رجلا من بني تغلب اسلمت امراته وهي

وهي نقرأنه فرنقض الجور المخاطبهم فقال لهم اسلم والا فرقت بينكما فان لم تفرق بينهما وعرض عليه الاسلام فلم يسلم عرض عليهم اعتبار العدة وكان ذلك بحضرة الصحابة من غير نكير
ولان اسلام طارئ على النكاح فلا تحتمل البينونة اصله بعد الدخول فان قيل انه اختلاف دين يمنع ابتداء النكاح فوجب ان يمنع الفرقة من غير حكم حاكم اصله اذا اسلم الحربيه في دار الحرب قبل ان يفرق الحاكم بينهما قلنا الزوج في الموضعين اذا اقاما في دار الحرب قبل ان يفرق الحاكم بينهما فانما تمكنه الزوج في دار هما ايا الان في دار الاسلام يمكن الحاكم التفريق بينهما ففرق في دار الحرب لا يمكنه التفريق على الحقيقة وانما يتوقف في الفرقة وافرق ذلك معنى هذه العدة واذا ثبت ان الفرقة تقف على تفريق الحاكم فاذا اسلم قبل ذلك كانا على النكاح لزوال المعنى الذي يوجب الفرقة قال وكان ذلك طلاقا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هي فرقة بغير طلاق وجه قولهما ان الفرقة تتعلق بسبب من جهتها الزوج طارئ على النكاح بمنزلة ما لو كان طلاقا كلفظ الطلاق وجه قول ابي يوسف انها فرقة بشرك في سببها الزوج والمرأة فلم تكن طلاقا كفرقة الرضاع وهذا بطل بالخلع قال واذا اسلم الزوج وختنه مجوسية عرض عليها الاسلام فان اسلمت فهي امرأته وان ابت فرق بينهما وليس لها مهر لان الفرقة لا تقع باسلام احد الزوجين لانه لا يمكن ان يجعل اسلام المرأة سببا لان يسلم الزوج ولا يكفر لانه لا يجوز ان يقع باسلام الزوج ولا يجوز ان يقع بكفر الكافر لان هذا الكفر صحيح في اتباع العقد ولا يجوز ان يصح مع البقاء واذا ثبت ان الفرقة لا تقع باسلام احدهما ولم تجز تبعتها على النكاح وجعلت الفرقة على معنى حادثة وقد بينا ان لكل هو تفريق الذي في اذا عرض عليها الاسلام فاسلمت فقد صار ابتداء العقد عليها فمنع بقاءه معها وان ابت فرق الذي بينهما لان ابتداء النكاح لا يجوز على هذه الصفة الا ترى ان للمسلم لا يجوز ان يتزوج المجوسية وعلى هذا الوثنية ولا يكون هذه الفرقة طلاقا لانها متعلقة بفعل المرأة والمرأة لا تملك الطلاق قال فان كان دخل بها فلها المهر وان لم يكن دخل بها فلا مهر لها اما وجوب المهر اذا كان قد دخل بها فلان الدخول يوجب استقرار المهر وارتفاع العقد لا تأثير في اسقاطها استحقه بالدخول اصله اذا طلقها بعد الدخول واما اذا لم يكن دخل بها فلا مهر لها لان الفرقة حاصلة قبل الدخول فصار



كالمرتدة قال واذا اسلمت المرأة في دار الحرب لم تقع الفرقة عليها حتى تحيض ثلث حيض فاذا حاضت ثلث حيض وطهرت وذلك لان الفرقة لا تقع الا بمعنى حادث على النكاح وكفر الزوج ليس بحادث فلا تقع به الفرقة واسلامها وان كان حادثا الا انه ليس بسبب يوجب الحرمة فاحتجنا الى سبب تقع به الفرقة لما لم نجز تبقيتها على النكاح ولا يكون اعتبار تنزين الحاكم في دار الاسلام هذه المدة لانه سبب يوجب الحرمة فاذا مضت وقعت عليها الفرقة جميعا قال واذا اسلم زوج الكتابية بها على كما هما وذلك لان الاسلام لا يوجب الفرقة وهما على صفة يجوز ابتداء النكاح عليها فجاز تبقيتهما عليه قال واذا خرج احدهما الى دار الحرب مسلما او تبعت البينونة بينهما وقال الشافعي لا تقع الفرقة باختلاف الدارين كما لو دخل لم تقع الفرقة حتى تحيض ثلث حيض وان لم يكن دخل بها وقعت الفرقة في الحال وعلى هذا الخلاف ايضا اذا خرج احدهما الينا مسلما دليلنا قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات الاية ثم قال لا جناح عليكم ان تنكحوهن فاباح نكاحهن مطلقا من غير فصل بين الحالين ولا يجوز حتى ينقضي العدة ثم قال ولا تمسكوا بعصم الكوافر ولو منعنا تزويجها لاجل النكاح الاول كنا قد تمسكنا بعصم الكافر ولانها اختلفا بانشائهما في دارين كل واحد منهما من اهلها فلم تقع الفرقة بينهما اصله اذا سبي احدهما فان قيل اختلاف الدارين لا يوجب الفرقة ما لم يدخل احدهما دار الحرب تاجرا او الحربي اذا دخل الينا مستأمنا قيل له نزول الموجب لا يعتد به ما لم يتصل به حكم الدار بدليل ان اختلاف الدارين لا يوقع الفرقة حتى يكون بصفة مخصوصة وبينا هو والمعنى الاصل الذي قاسوا عليه ان الاختلاف لم يفصل فعلا وحكما لان المستأمن على حكم دار الحرب التاجر منا وان كان على حكم دار الاسلام فلما لم يختلفا بانشائهما واحكامهما لم تقع الفرقة قال واذا سبي احدهما وقعت البينونة وذلك لما روي ان المسلمين لما سبوا في بني المصطلق اصابوا نساء ابكارا فانزل الله تعالى في المحصنات من النساء الا ما ملكت ايمانكم قال واذا سبيا معا لم تقع البينونة وقال الشافعي تقع لانها لم تختلف بهما دارين ولا دارا فلا تقع الفرقة بينهما كالمسلمين قال واذا خرجت المرأة الينا مسلمة فجاء زوجها مسلما بعد انقضاء العدة فهما على النكاح عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد عليها العدة وجه قول ابي حنيفة قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات الاية ثم قال لا جناح عليكم ان تنكحوهن فاباح نكاحهن مطلقا من غير فصل بين العدة وغيرها ولان العدة حق الزوج فلا تمنع ثبوت النكاح كما لو كان معها في دار الاسلام وجه قول ابي يوسف ومحمد قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات الاية ثم قال ولا تمسكوا بعصم الكوافر ولو منعنا تزويجها لاجل النكاح الاول كنا قد تمسكنا بعصم الكافر ولانها اختلفا بانشائهما في دارين كل واحد منهما من اهلها فلم تقع الفرقة بينهما اصله اذا سبي احدهما فان قيل اختلاف الدارين لا يوجب الفرقة ما لم يدخل احدهما دار الحرب تاجرا او الحربي اذا دخل الينا مستأمنا قيل له نزول الموجب لا يعتد به ما لم يتصل به حكم الدار بدليل ان اختلاف الدارين لا يوقع الفرقة حتى يكون بصفة مخصوصة وبينا هو والمعنى الاصل الذي قاسوا عليه ان الاختلاف لم يفصل فعلا وحكما لان المستأمن على حكم دار الحرب التاجر منا وان كان على حكم دار الاسلام فلما لم يختلفا بانشائهما واحكامهما لم تقع الفرقة قال واذا سبي احدهما وقعت البينونة وذلك لما روي ان المسلمين لما سبوا في بني المصطلق اصابوا نساء ابكارا فانزل الله تعالى في المحصنات من النساء الا ما ملكت ايمانكم قال واذا سبيا معا لم تقع البينونة وقال الشافعي تقع لانها لم تختلف بهما دارين ولا دارا فلا تقع الفرقة بينهما كالمسلمين قال واذا خرجت المرأة الينا مسلمة فجاء زوجها مسلما بعد انقضاء العدة فهما على النكاح عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد عليها العدة وجه قول ابي حنيفة

مهاجرات الى قوله ولا جناح عليكم ان تنكحوهن فاباح نكاح المهاجرة مطلقا ولم يشترط فيه العدة
قال ولا نكاح بعضهم الكوافر فانما منعنا ها لاجل العدة من الزوج كانت ذلك ثابتا بجميعهن ذمية
الكافر ولان الفرقة وقعت بينهما باختلاف الدار فلا يجب عليها العدة اصله المسبية وجه قولهما
ان الفرقة وقعت عليها وهي بسلة وهي دار الاسلام فوجب عليها العدة كما لو اسلم المسلم قال وان كانت
حاملا لم تزوج حتى تضع حملها وروى ذلك محمد عن ابي حنيفة عن حماد عن ابي حنيفة انها تزوج
ولا يطأها وجه رواية ابي يوسف هو ان الحمل لا حرمة له فلا يمنع التزوج اصله ما لو اسلمت وهي
رواية محمد انها حامل ليست بثابت النسب فلا تمنع من التزوج اصله امرأة المسلم والصحيح ما رواه ابو
يوسف قال وان ارتد احد الزوجين عن الاسلام وقعت البينونة بينهما فرقة بغير طلاق اما
وقوع الطلاق الفرقة تعد تابع في الحال دخل بها او لم يدخل وقال الشافعي ان كان قد دخل بها لم
تقع الفرقة حتى تحيض ثلاث حيض وهو على الردة دليلنا اذا ارتد احد الزوجين وجب ان توجب البينونة
في الحال اصله اذا كان قبل الدخول فان قيل ردة طارية على النكاح بعد الاصابة فلا تمنع البينونة
في الحال اصله اذا ارتدا معا قيل له هنا كل لم يخالف بينهما دين والفرقة متى وقعت لاجل الدين
تعلقت بالاخلاف منه اصله المسلمين والكافرين الاصليين واما قوله فرقة بغير طلاق فهو قول
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد اذا ارتد الزوج فرقة طلاق وجه قول ابي حنيفة انها فرقة
تتعلق بسبب يختص بالنكاح الا ترى ان الاحكام المتعلقة بالردة من القتل وزوال الملك وغير ذلك
يمنع النكاح ومع زوال الطلاق هو ما اختصوا بالنكاح ولا يشبه هذا ابا الزوج عن الاسلام لان ذلك
يتعلق بسبب يختص بالنكاح الا ترى ان عرض الاسلام على الابن لاجل اسلام غيره لا يكون الا في النكاح
فلهذا كان طلاقا وفارق الردة واما ابو يوسف فرتبها على اصله ان الطلاق كل فرقة يتعلق بسبب
من جهة الزوج لا بوجب خيارا مؤبدا ولا يتعلق بالدين وما محمد فهو قول كل فرقة تتعلق بسبب
من جهة الزوج لا توجب خيارا مؤبدا فهي طلاق كقوله ان طلقتك فانت طالق قال واذا كان الزوج هو المرتد
وقد دخل بها فلها كمال المهر وان كان لم يدخل بها فلها نصف المهر وذلك لان الدخول بها قد
استقر به مهرها فلا يسقط بالفرقة الطارية من قبل الزوج لا يسقط بطلاقها واما اذا كان المرتد
بقد دخل بها فلها نصف المهر لانها فرقة طارية على نكاح صحيح من جهة الزوج قبل
الدخول فتجب نصف المسمى كالطلاق قال وان كانت المرأة هي المرتدة قبل الدخول فلا مهر لها
وذلك لان المعقود عليه تعذر تسليمه قبل التسليم بحق من جهة العاقد فلم تستحق البدل الذي
في مقابلته كالبائع اذا اتلف المبيع قبل القبض وان كانت الردة بعد الدخول فلها المهر وذلك لان
المهر قد استقر بالدخول وصار دينا عليه الزوج والردة لا تسقط الدين وكذلك هذا قال
وان ارتدا معا واسلما معا فانهما على نكاحهما وهذا الذي استحسن ان يتناكرا ان تقع الفرقة وهو
قول زفر وبه قال الشافعي دليلنا ان العرب ارتدت على عهد رسول الله صلى الله عليه فقاتلهم ابو بكر
رضي الله عنه وبعث البعوث حتى اسلموا ولم ينكر عليهم ويبين ذلك ان ردتهم ولواحقهم لكل الفرقة
بكل حال لفرقتهم فان قيل من اين لكم انهم ارتدوا معا قلنا العادة ان ردة احد الزوجين
تسبق لا محالة قيل له ما طرأت الردة ولم يعلم ايهما سبق احدهما حكم بوقوع ذلك معا كما لو توارثا في الغرقى
ولانها لو جعلت في دين تلك حيض وهو على الردة دليلنا اذا ارتد احد الزوجين وجب ان توجب البينونة
في الحال اصله اذا كان قبل الدخول فان قيل ردة طارية على النكاح بعد الاصابة فلا تمنع البينونة
في الحال اصله اذا ارتدا معا قيل له هنا كل لم يخالف بينهما دين والفرقة متى وقعت لاجل الدين
تعلقت بالاختلاف منه اصله المسلمين والكافرين الاصليين واما قوله فرقة بغير طلاق فهو قول
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد اذا ارتد الزوج فرقة طلاق وجه قول ابي حنيفة انها فرقة
تتعلق بسبب يختص بالنكاح الا ترى ان الاحكام المتعلقة بالردة من القتل وزوال الملك وغير ذلك
يمنع النكاح ومع زوال الطلاق هو ما اختصوا بالنكاح ولا يشبه هذا ابا الزوج عن الاسلام لان ذلك
يتعلق بسبب يختص بالنكاح الا ترى ان عرض الاسلام على الابن لاجل اسلام غيره لا يكون الا في النكاح
فلهذا كان طلاقا وفارق الردة واما ابو يوسف فرتبها على اصله ان الطلاق كل فرقة يتعلق بسبب
من جهة الزوج لا يوجب خيارا مؤبدا ولا يتعلق بالدين وما محمد فهو قول كل فرقة تتعلق بسبب
من جهة الزوج لا توجب خيارا مؤبدا فهي طلاق كقوله ان طلقتك فانت طالق قال واذا كان الزوج هو المرتد
وقد دخل بها فلها كمال المهر وان كان لم يدخل بها فلها نصف المهر وذلك لان الدخول بها قد
استقر به مهرها فلا يسقط بالفرقة الطارية من قبل الزوج لا يسقط بطلاقها واما اذا كان المرتد
بقد دخل بها فلها نصف المهر لانها فرقة طارية على نكاح صحيح من جهة الزوج قبل

بدليل ان الكتابي لو زوج كافرة محته وسالكته فيتبعه الولد كما لو كان الاب مسلما محترزا والام محوسية
فان قيل اجتمع في هذا الولد حكم الحضر والاباحة فوجب ان يغلب حكم الحضر اصله المنزل
قلنا هذا يبطل بما اذا كان احد الابوين قد اسلم قال واذا تزوج
وهذا هو الصحيح عند الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم اسلما او اسلم احدهما
وعندهما هذا نكاح فاسد ثم هو في ذا امر وهي ناشزة ان اسلما قبل ان يفرق بينهما القاضي او بعد ما فرق بينهما
شهود وهو في عدته او اسلم احدهما قبل ان يفرق بينهما القاضي او بعد ما فرق بينهما
في ابتداء النكاح معتبرة لحق الله تعالى والمانع غير محظور فحقوق الله تعالى في احكام الدنيا في حال البقاء
تورد عليها في عدة كافر بغير شهود ابتداء لان الشهود لا يشترطون في ذلك عندهما خلافا لابي حنيفة
في العدة بين ذي الكافر في ابتداء النكاح لا يعتبر في حال البقاء ولهذا لو اسلم احدهما لا يتفرق بينهما
ولان الكتابي عند ابي حنيفة
وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز نكاح المحارم في ابتداء النكاح ولا في حال البقاء ولهذا لو اسلم
على اختين او تزوج اختين في عقد واحد فرق بينه وبين ايتهما شاء عندهما خلافا لابي حنيفة
وهذا لان الكتابي لا يقر على نكاح المحارم وما اذا تزوج الذمي ذمية في عدة ذمي جاز النكاح
عند ابي حنيفة فاذا اسلما او اسلم احدهما وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله النكاح فاسد وجه قول ابي حنيفة
ان العقد لحق الله تعالى ولحق الزوج فاكان من حق الله تعالى فالذمي ملتزم لاحكامنا في احكام الدنيا وما
كان من حق الزوج فالذمي لا يعتقده حقا فسقط العدة في ابتداء العقد فلا يجوز ان تبقى في حال
البقاء ولا يشبه هذا اذا تزوجها في عدة من مسلم لان المسلم يعتقد ان العدة حق الله تعالى فمنع
صحة العقد وجه قول ابي يوسف ومحمد رحمهما ان النكاح في حال العدة يجمع على تحريم فصار كنكاح ذوات
المحارم قال واذا تزوج المجوسي امه او ابنته ثم اسلما فرق بينهما وذلك لان الفساد في نفس المعقود
عليه لان المرئي لا يبقى فيصار الابتداء والبقاء والفساد اذا حصل في نفس المعقود عليه افسد العقد
وهذا اتفاق منهم الا ان ابا حنيفة رحمه الله قال لا يعترض عليهم فيما عقدوه من ذلك لان تقرانهما
او يسلم احدهما وقال ابو يوسف افرق بينهما تقرانهما لنا ولم يتقرانهما واما قال محمد اذا تزوج احدهم
فرقت لانه لا فرق وجه قول محمد رحمه الله اذا لم يتقرانهما علم ان النبي عليه السلام كتب الى مجوس هجر اما ان
تدعوا الربا او فاذنوا بحرب من الله ورسوله ولم يكتب شيئا في امر المناكحة ولان المسلمين يخالطونهم يتجاورونهم
ولم تعرض الامر المناكحة ولانا امرنا بتركهم ودينهم البين فيه ضرر يعود الى المسلمين فصار كنكاحهم
وجه قول ابي حنيفة رحمه الله قول الله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله وهو عام واما اذا رضي احدهم كما
قال ابو حنيفة رحمه الله لا يفرق بينهم وقال محمد رحمه الله يفرق بينهما وجه قول ابي حنيفة رحمه الله قوله تعالى فان

جاءوك فاحكم بينهم بما انزل الله تعالى الحكم بشرط وهو اجتماعهم عليه واذا رضي احدهما لم يوجد
الشرط ولان ترك الاقوى حق احدهما باسقاط حقه بقي حق الآخر على حاله وجه قول
محمد ان الحالين لحكمنا ملتزم له نصارى كالوا سلم احدهما وقد قال ابو حنيفة رحمه الله يوقف في الجواب
اذا اسلم وختته ممن تحرم او اختين فان كان تزوجهن في عقود متفرقة صح نكاح الاول وبطل
الآخر وان كان تزوجهن في عقد واحد فرق بينه وبينهن ويتهن اختار بعد
الاسلام واحدة اي الاختين شاء الوجه جميعا وهو قال الشافعي الا ان الشافعي شرط في جواز
الاختيار ان يسلم قبل انقضاء العدة وجه قولها ما روي ان النبي عليه السلام كان اذا بعث جيشا
او سرية امرهم الى ان دعوهم الى شهادة ان لا اله الا الله واني رسول الله فان اجابوكم
فاعلموهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم ولانه اسلام يعقب الفرقة فيتعلق بانقضاء العدة
كاسلام احد الزوجين وجه قول محمد وهو استحسان ان ما روي ان غيلان اسلم وتحته عشر
نسوة فامره رسول الله صلى الله عليه ان يختار منهن اربعا واسلم فيروز الديلمي وتحته اختان
فخيره النبي عليه السلام فيهما وهذا لا يليق فيما لا يحتمل العقد ولان ما يحرم على الاباحة قبل ورود
الاحكام والتقابض الذي يسقط ذلك ان الخيار ان غيلان اسلم وقد تزوج في الجاهلية وعن محمد
ان ذلك كان قبل نزول التقابض لان تحريم الجمع ثبت بسنة النساء وهي مدنية وقد روي ان
فيروز الما هاجر الى النبي عليه السلام قال ان لي اختين اختار ايتهما شئت وطلق احداهما وهذا يدل على ان
العقد وقع صحيحا في الاصل وقد قال محمد ان للزوج ان يمنع نفسها قبل ان يدخل بها الزوج
حتى يعطيها جميع المهر وذلك لان حقها لم يتعين في البدل فكان لها حبس نفسها والمطالبة
بالنقد لتتعين حقها كالبائع حبس المبيع حتى يستوفي الثمن واذا ثبت ان لها ان تمنع نفسها كان
لها الخروج من منزل الزوج لحاجتها وليس للزوج منعها وذلك لان الحبس اعا يسقط اذا اوفاها
حقها الا ترى ان بعد ذلك لها النشوز حتى انها اذا اعطاها جميع المهر فله ان يمنعها من الخروج وله
ان يدخل بها الا ان حقها من الحبس قد سقط ووجب عليها تسليم نفسها فان لم تعطها
جميع المهر الا درهما كان لها ان تمنع نفسها وان تخرج من منزل لها وذلك لان الحبس الذي ثبت

البدل لا يقع كبير البايع ولا يكون له استرجاع ما دفع اليها من المهر لانها قبضته بحق والقبض
اذا وقع بحق لا يفسخ واما اذا دخل بها برضاها فقال ابو حنيفة لم يجز لها ان تمنع نفسها حتى تستوفي
المهر وقال ابو يوسف ومحمد ليس لها ذلك وهو قول ابي حنيفة الاول وبه قال الشافعي وجه
قول ابي حنيفة ان المهر في مقابلة كل استمتاع يوجد في عقد النكاح بدليل انه لو كان في مقابلة
الوطي الاول لم يجب عليها تسليم نفسها في الوطي الثاني لانها قد وفت ما في مقابلة العوض ولكان
يوجد وطي الحرة مما بعد الوطي الاول بغير عوض ولكان اذا وطيها مكرهة ان لا يكون لها منع
نفسها لان الثاني من الوطي لا يقابله شيء واذا بطل جميع ذلك لم يبق الا ان يكون المهر في
مقابلة كل وطي يوجد في العقد فيكون الوطي الثاني في مقابلة جزء من المهر فلها ان تمنع نفسها حتى
تستوفيه كالوطي الاول وكما باع عبدين من رجلين احدهما فله حبس الآخر بالثمن قبل قبض الذي
باعه وبين نفسها ثم منعته من الوطي فلها ذلك بيع وجود التسليم الذي هو التمكين واما الاجارة
بعد الاجرة لا تستحق بالعقد ما لم يكن قد اطلق العقد فلا سبيل الحبس قبل التسليم ولا بعد لعدم
استحقاق الاجرة واذا كان قد آجر وشرط تعجيل الاجرة وسلم الدار قبل التعجيل فالقول له لو سلمت
الدار فلم يسلمها لم يكن له حق الرجوع للحبس كذلك بعد التلف وفي النكاح لو سلمت المرأة نفسها
او مرضت او اغمي عليها ثم منعت نفسها فلا نفقة لها لان التسليم قد وجد في صحته
كما يجب بالعقد وان تعذر الاستيفاء بعد ذلك كما لو آجر دارا فسلمها ثم انهدمت
كان له الاجر وان تعذر الانتفاع بها وان كان التسليم الذي هو التمكين وجد في
الصحة ولكن تعذر الاستيفاء بالمرض كما لو آجر دارا فسلمها ثم انهدمت
فلا اجر له

# كتاب الرضاع

قوله ولا اجماع عليها ان صالحا بينها صلحا واما قوله ولها ان ترجع فلانها اسقطت حقا للزوج فلم يرتبط

الفصل الاول في انه قرن الحاء والصاد واراد اقامة الجمل كل كلمة اراد اقامة الفصل
وجه قوله لحرم ان النسبة الثانية لما ثبت تحريم الرضاع في اولها ثبت تحريمها اصلة النسبة الاولى
والثانية قال فاذا ثبت حكم الرضاع لم يتعلق به التحريم وذلك لما بينا ان مدة رضاع الكبير
لا يتعلق به التحريم واعتبار المدة انما هو للفصل بين الصغير والكبير فاذا ثبت الحكم في اختلافهم
فيما قضاء الرضاع بعدها رضاع الكبير فلا يتعلق به تحريم قال وتحرم من الرضاع ما يحرم
من النسب الام اخته من الرضاع فانه يجوز ان يتزوجها ولا يجوز ان يتزوج امراته من النسب
او الام اخته من الرضاع يجوز ان يتزوجها ولا يجوز ان يتزوج اخت ابنه من النسب هذا الذي ذكره
صورة المسئلة على صحيح كما يحرم من جهة النسب تحرم من جهة الرضاع الا هاتين الخليتين اما ام اخته من النسب
فلانها ربيبة احدهما الماحرمت عليه لان ابنه وطئها وهذا لا يوجد في ام اخته من الرضاع واما اخت ابنه من النسب
او اخته من الرضاع الماحرمت لانه وطئ امها وهذا لا يوجد في اخت ابنه من الرضاع قال واما امراة ابنه من الرضاع
من ابنه نسبا او رضاعا لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ان يتزوج امراة ابنه من النسب وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم يحرم من
الرضاع ما يحرم من النسب قال ولبن الفحل يتعلق به التحريم الى اخره هذا مما قول اكثر السلف
وعامة الفقهاء وعن سعيد بن المسيب وابراهيم النخعي انه لا يحرم دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم يحرم
من الرضاع ما يحرم من النسب ومعلوم ان النسب يتعلق به التحريم من الجنسين كذلك الرضاع ولما
روى ان النبي عليه السلام كان في بيت عائشة فمر عائشة رجلا فاستاذن في بيت حفصة فقال عائشة
يا رسول الله هذا رجل فاستاذن في بيت حفصة فقال اراه فلانا لعم حفصة من الرضاع فقال عائشة يا
رسول الله لو كان فلان حيا يعني عمها من الرضاع لكان يدخل علي فقال نعم ان الرضاع يحرم ما يحرم
من الولادة وعن علي انه قال سالوني فيما لله ابن الكواعن ابن الاخ من الرضاع فقال علي ذكرت
ذلك لرسول الله صلى الله عليه بنت حمزة ليتزوجها فقال هي ابنة اخي من الرضاعة ولان الزوج
سبب يتوصل به الى نزول اللبن فيتعلق به التحريم كما يتعلق به الولاد لما كان سببا بنها فان قيل بان الرجل لو
نزل اللبن فارضعت منه صبية لم تحرم عليه فاذا لم يثبت له التحريم بفعله فلان لا يثبت
بفعل غيره اولى قيل له ان ارضاع الرجل لا يسمى رضاعا ولا يكفي في التحريم الا الغالب الحكم
الشرعي الذي يتبع هذا المعنى الدليل عليه اذا شرب لبن شاة واذا ثبت ان تحريم الرضاع يتاور من جهة الزوج

الفصل الاول في انه قرن الحاء والصاد واراد اقامة الجمل كل كلمة اراد اقامة الفصل
وجه قوله لحرم ان النسبة الثانية لما ثبت تحريم الرضاع في اولها ثبت تحريمها اصلة النسبة الاولى
والثانية قال فاذا ثبت حكم الرضاع لم يتعلق به التحريم وذلك لما بينا ان مدة رضاع الكبير
لا يتعلق به التحريم واعتبار المدة انما هو للفصل بين الصغير والكبير فاذا ثبت الحكم في اختلافهم
فيما قضاء الرضاع بعدها رضاع الكبير فلا يتعلق به تحريم قال وتحرم من الرضاع ما يحرم
من النسب الام اخته من الرضاع فانه يجوز ان يتزوجها ولا يجوز ان يتزوج امراته من النسب
او الام اخته من الرضاع يجوز ان يتزوجها ولا يجوز ان يتزوج اخت ابنه من النسب هذا الذي ذكره
صورة المسئلة على صحيح كما يحرم من جهة النسب تحرم من جهة الرضاع الا هاتين الخليتين اما ام اخته من النسب
فلانها ربيبة احدهما الماحرمت عليه لان ابنه وطئها وهذا لا يوجد في ام اخته من الرضاع واما اخت ابنه من النسب
او اخته من الرضاع الماحرمت لانه وطئ امها وهذا لا يوجد في اخت ابنه من الرضاع قال واما امراة ابنه من الرضاع
من ابنه نسبا او رضاعا لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ان يتزوج امراة ابنه من النسب وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم يحرم من
الرضاع ما يحرم من النسب قال ولبن الفحل يتعلق به التحريم الى اخره هذا مما قول اكثر السلف
وعامة الفقهاء وعن سعيد بن المسيب وابراهيم النخعي انه لا يحرم دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم يحرم
من الرضاع ما يحرم من النسب ومعلوم ان النسب يتعلق به التحريم من الجنسين كذلك الرضاع ولما
روى ان النبي عليه السلام كان في بيت عائشة فمر عائشة رجلا فاستاذن في بيت حفصة فقال عائشة يا
رسول الله هذا رجل فاستاذن في بيت حفصة فقال اراه فلانا لعم حفصة من الرضاع فقال عائشة يا
رسول الله لو كان فلان حيا يعني عمها من الرضاع لكان يدخل علي فقال نعم ان الرضاع يحرم ما يحرم
من الولادة وعن علي انه قال سالوني فيما لله ابن الكواعن ابن الاخ من الرضاع فقال علي ذكرت
ذلك لرسول الله صلى الله عليه بنت حمزة ليتزوجها فقال هي ابنة اخي من الرضاعة ولان الزوج
سبب يتوصل به الى نزول اللبن فيتعلق به التحريم كما يتعلق به الولاد لما كان سببا بنها فان قيل بان الرجل لو
نزل اللبن فارضعت منه صبية لم تحرم عليه فاذا لم يثبت له التحريم بفعله فلان لا يثبت
بفعل غيره اولى قيل له ان ارضاع الرجل لا يسمى رضاعا ولا يكفي في التحريم الا الغالب الحكم
الشرعي الذي يتبع هذا المعنى الدليل عليه اذا شرب لبن شاة واذا ثبت ان تحريم الرضاع يتاور من جهة الزوج

ان اللبن اذا كان غالبا فهو مشروع والطعام تبع فلا منع وقوع التحريم كما لو اختلط بالماء قال واذا
اختلط بالدواء وهو الغالب تعلق التحريم بوجود ذلك لان الدواء يحصل في اللبن ليوصله الى مكان لا يصل اليه
بنفسه فوقوع التحريم به مع مخالطته اولى أما اذا غلب الدواء فقد صار اللبن على صفة لا يقع
به الغذاء ولا النمو فمنه الذي يتعلق بها التحريم قال واصل اللبن من المرأة بعد موتها فاسد وجه
ما في المعنى تعلق التحريم وقال الشافعي لا يتعلق التحريم لنا قول عليه السلام الرضاع ما أنبت اللحم
وهذا موجود في لبن الميتة ولانه وصل الى جوف في مدة الرضاع وهو مما ينبت بالتغذي فصار كلبن
الحية فارق فصل لبن الاجنبي شيء فلا يحصل الرضاع أصله لبن الكلب قيل له البهائم لا تحتمل
بينها وبين الادمي تحريم النسب كلبن الشاة ولا نسب بينهما تحريم الرضاع قال واذا اختلط اللبن
بلبن شاة وهو الغالب تعلق به التحريم وان كان فحل لبن الشاة لم يتعلق التحريم وذلك لان لبن الشاة
لا ينبت لحما في التحريم فصار بمنزلة الماء اعتبارا بالغلبة قال واذا اختلط لبن امرأتين تعلق
التحريم بالكثير منهما عند ابي يوسف وقال محمد بهما وجه قول ابي يوسف وهو رواية الحسن
كما لو غلب عليه الماء وجه قول محمد وهو قول زفر ان اللبن لا يصير مستهلكا في جنسه وانما
يستهلك في غير جنسه واذا كان كل واحد منهما غير مستهلك في الآخر تعلق التحريم بهما قال
واذا نزا للفحل لبن فارضعت صبيا تعلق به التحريم وذلك لان التغذي بالنبع كالتغذي بلبن الشاة
قال واذا نزا للرجل لبن فارضع به صبيا لم يتعلق به التحريم لان التغذي بالاكل فلا يقع
به ولا سيما اذا صار رضاعا فلم تتعلق به التحريم قال واذا شرب صبيا لبن شاة بلا
الزوج ثم الكبيرة تحرم عليهما ولا تحرم على الكبيرة حليلة ابيها ولا ابنه لان الرضاع لا يكون
المرأة وام المرأة صارت بنت الكبيرة والجمع بين المرأة وبنتها في النكاح لا يجوز حال الاستواء ولا حال البقاء
قال فان كان لبن الفحل دخل على الكبيرة فلا مهر لها لان الفرقة جاءت بسبب من جهتها قبل الدخول
كما لو ارتدت قبل الدخول قال وللصغيرة نصف المهر وذلك لان الفرقة وقعت عليها
بسبب لا يتمكن من جهتها كما لو طلقها قال ورجع بالروح على الكبيرة ان كانت



بعد ذلك بالنساء فان لم يعلم بذلك حتى علم بها وقال الشافعي تحرم الحالب لنا ان الرضاع لبن الادمي
وانما هو سبب الانبات واسباب الانبات تختلف بالتعدي وغير التعدي أصله حفر البئر ان كان
في ملكه لم يضمن ما تلف به وان كان في غير ملكه ضمن وجه معلوم ان الرضاع متى اذا اريد قصد
به الفساد وسئل عنه عند حاجة التعبير واجب اذا خيف عليه واذا اريد به التبرك سئل عنه
فيه لم يضمن فارق فصل كل فعل اذا قصد به الانبات تعلق الضمان واذا لم يقصد به
الانبات أصله الرمي قيل له الرمي يبتدأ شرعا للانبات فاستوى فيه القصد وغيره وفي
مسئلتنا الانبات بسبب يضاد تحريم البئر واذا ثبت ان الضمان يلزم اذا تعذر الفساد قال
اصحابنا لم يضمن نصف المسمى وقال الشافعي يضمن نصف مهر مثلها وفي قول آخر جميع المثل
لنا ان خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له بدليل ان الابن لا يملك خلع بنته التي تحته
بمالها ولو كان لذلك قيمة جاز ذلك بمالها في مقابلته ولهذا ايضا الزاط الذي لم تعرف انه لم يعمر سنة
للعبرة ولو تقوم بضعها ضمن لهم كالزاعوز عبده واذا لم يقوم لم يضمن لان ضمانها الارضعه بالانبات وانما
تضمن لانها فوت عليه ملك نصف الحدأة وذلك لا يوجب ان تسقط عنه نار تكبر نتزداد بخلاف
زوجها من نسائها انصار كانها اتلفت عليه ما قوم فضمنت ذلك فان قيل من اتلف شاة وضمنه فجاز ان يضمنه
بفعله لانا لم نوجب الضمان لانها اتلفت عليه ما قوم فضمنت ذلك فان قيل لا نسلم انها تضمن بالانبات على ما بيناه وقد
نقران قولهم انها تضمن نصف مهر مثلها فاسد لانه لو صح ان يضمن جميع مهر المثل على هذا
القول لم يجب الا نصف ومن قال اصحابنا في المعنى اذا حقن اللبن لم تعلق به التحريم لانه يصل الى الامعاء
السفلى والغذاء انما يكون في الامعاء العليا وعن هذا لم يقع به التحريم لانه يصل الى المجوف فصار
كما لو وصل من القرو وقال الشافعي في احد طرفي امرأة وانقضت عدتها ولها لبن منه فتزوجت
وحملت من الثاني فارضعت صبيا التحريم من الاول دون الثاني فان رضعت فالتحريم من الثاني دون
الاول وعن ابي يوسف انه اذا نزا لها الفحل من الثاني فالتحريم من الثاني وبطل الاول وعنه انها
اذا حملت من الثاني وقال محمد اذا نزا لها البئر من الثاني فالتحريم من البئر وحده فان ارضعت فالتحريم
للثاني خاصة وقال الشافعي اذا حملت واللبن حاله لم ينقطع ولم يزد فهو للاول فقولا
واحدا فان زاد فيه فولدان احدهما انه للاول والآخر انهما وان انقطع ثم عاد فيه ثلثة اقوال

## كتاب الطلاق

ان المراد بقوله تعالى عدتهن وهو عام في المدخول وغير المدخول ولان المنع يعود الى جميع التطليقات
وهذا الاحتراز بالمدخول بها وغير المدخول بها قال والسنة في الوقت بالنسبة الى المدخول بها
خاصة وهو ان يطلقها في طهر لم يجامعها فيه وغير المدخول بها يطلقها في حال الطهر والحيض
والاصل فيه ذلك ما روي ان ابن عمر طلق امرأته في حال الحيض فقال النبي عليه السلام هكذا امر ك
ربك ان تطلق امرأتك ان شئت طلقها الآن تطليقة واحدة وراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شئت
قال يعني مرة بعد مرة واجعها فاذا طهرت ثم حاضت ثم طهرت فان شاء طلقها طاهرا من غير جماع او
حاملا قد استبان حملها فتلك العدة التي امر الله تعالى ان يطلق لها النساء وانما قلنا ان
هذه السنة تختلف فيها المدخول بها وغير المدخول لان الطلاق في حال الحيض انما نهي عنه
لاجل التطويل على المدخول بها وهذا المعنى لا يوجد في غير المدخول بها والطلاق في الطهر
الذي لا جماع فيه وهذا لا يوجد في غير المدخول بها لانها لا عدة عليها واما اعتبار كون المطلقة ان
تكون طاهرا من غير جماع فلا يتصور في التي لم يدخل بها قال واذا كانت المرأة لا
تحيض لصغر او كبر فان اراد ان يطلقها للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى
فاذا مضى شهر طلقها الثالثة وقد بانت منه ولا سنة ولا بدعة في حقها وهي التي لا تحيض
لصغرها او لكبرها او لكونها من ذوات الاشهر لان عدتها بالاشهر فجعل الشهر قائما مقام الحيضة في حقها
وحل الطلاق في الصغيرة في باب انقضاء العدة فاذا وجد الفصل بين التطليقات للسنة حيضة بين
كل تطليقتين وجد الفصل بين كل تطليقتين في حق من تحيض بشهر قال وجاز ان يطلقها
واحدة في كل شهر او ثلاثا في شهر واحد لان الفصل بينها بشهر وجه قول اصحابنا ان المنع من الطلاق
في الحيض عقيب الجماع انما لا يجوز حيث لم يستبن حملها وهذا المعنى لا يوجد في الصغيرة والآيسة
وجه قول زفر ان الشهر اقيم مقام حيضة فيما لا حيض فاذا وجد الفصل بين حيضتين
وجد الفصل بين الشهرين وطلاقها واقع في حال الطهر الذي لا جماع فيه وجه الفصل بين حيضة
وشهر كما وجب الفصل بين شهر وشهر وطلاقها ثلاثا في شهر واحد بدعة قال
وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع وذلك لما روي ان ابن عمر لما طلق امرأته في حال الحيض اتى النبي عليه السلام فقال له مره فليراجعها فاذا طهرت ثم حاضت ثم طهرت فان شاء امسك بعد ذلك وان شاء طلق قبل ان يمس فتلك العدة التي امر الله تعالى ان تطلق لها النساء ولم يفصل بين الحامل وغيرها
ولان الطلاق في الحيض انما نهي عنه لاجل تطويل العدة لان الحيضة التي يقع فيها الطلاق لا تحتسب بها من العدة
وهذا لا يوجد في غير المدخول بها لانها لا عدة عليها واما اعتبار كون المطلقة ان
تكون طاهرا من غير جماع فلا يتصور في التي لم يدخل بها قال واذا كانت المرأة لا
تحيض لصغر او كبر فان اراد ان يطلقها للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى
فاذا مضى شهر طلقها الثالثة وقد بانت منه ولا سنة ولا بدعة في حقها وهي التي لا تحيض
لصغرها او لكبرها او لكونها من ذوات الاشهر لان عدتها بالاشهر فجعل الشهر قائما مقام الحيضة في حقها
وحل الطلاق في الصغيرة في باب انقضاء العدة فاذا وجد الفصل بين التطليقات للسنة حيضة بين
كل تطليقتين وجد الفصل بين كل تطليقتين في حق من تحيض

عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وظاهره انه يقع طلاق الصبي لانه رفع القلم عنه في الحكم فلا يحرم عليه امرأته لذلك ولانه لا خلاف ان الكافر لا يقع طلاقه كذلك الصبي والمجنون لتساويهما في زوال التكليف قال ... واذا تزوج العبد وقع طلاقه يعني اذا تزوج باذن مولاه وذلك لان مملوك فوقع طلاقه كالحر قال ... ولا يقع طلاق مولاه على امرأته وذلك لان الولي انما تثبت له الولاية على المولى عليه لدفع الضرر عنه وفي ايقاع طلاقه عليها جلب الضرر اليه فلا يملكه قال ... والطلاق على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله انت طالق ومطلقة وطالق فهذا يقع به الطلاق الرجعي ولا يقع به الا واحدة وان نوى الثلاث وهذه الالفاظ التي ذكرها مستعملة في العرف في الزوجات لا يستعمل في غيرهن هذا انا نشاهد ذلك ويشهد له قول الله تعالى في شهود الزنا ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا وقوله تعالى ولا تقبل منهم صرفا ولا عدلا وقوله تعالى ولا تقبلوا شهادة بعضهم فوق بعض ثمانين جلدة وقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا وقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا وقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا

اقال راد بار بعني بقولة مدبرة واذا اوقع وصفها ملك وقع به الطلاق كقوله بائنة فانوى به ثلثا كان ثلثا لان لفظ اللام للاستغراق والطلاق اسم الجنس فيقتضي ذلك استغراق جنسها بملكه من الطلاق وذلك هو الثلث ولو قال اردت اثنين لم يقع الا واحدة لانا لم نوقع الثلث من حيث العدد وانما اوقعناه لانه جنس ما يملكه من الطلاق وذلك هو الثلث واما قوله انت طالق الطلاق يازمه به ثلثا وقع لما ذكرناه واما اذا قال انت طالق طلاقا ولم ينو به عددا وقع واحدة لان المصدر يفيد الجنس قياما والتاكيد لا يفيد الا ما يفيده المؤكد قال فان قال اردت ثلثا كان ثلثا في رواية الاصل لان المصدر يفيد معنى الكثرة بدليل قوله تعالى واذكروا الله ذكرا كثيرا واذا كان فيه معنى الكثرة جاز ان ينوي به العدد وروي بشر عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يكون الا واحدة لما بينا ان المصدر بعد الثلاث تاكيد والتاكيد لا يفيد الا ما يفيده المؤكد قال والضرب الثاني من الكنايات ما لا يقع به الطلاق الا بالنية او بدلالة الحال والاصل في هذا ان الفاظ الكنايات تحتمل الطلاق وغيره فلا يترجح احد محتملاتها الا بالنية او بدلالة الحال لان اللفظ اذا احتمل امرين لا يترجح احدهما على الآخر الا بمرجح والمرجح اما ان يكون من جهة المتكلم او من جهة المحل والاول اما ان يكون بالنية او بدلالة الحال والثاني لا يكون الا بالنية لان المحل لا يشهد لاحد محتملي اللفظ على الآخر فاما من جهة المتكلم فلا يترجح احد محتملي اللفظ الا بالنية او بدلالة الحال والاصل في هذا ان الفاظ الكنايات تحتمل الطلاق وغيره فلا يترجح احدهما الا بالنية او بدلالة الحال وقد بينا ان اللفظ اذا احتمل امرين لا يترجح احدهما على الآخر الا بمرجح والمرجح اما ان يكون من جهة المتكلم او من جهة المحل والاول اما ان يكون بالنية او بدلالة الحال والثاني لا يكون الا بالنية لان المحل لا يشهد لاحد محتملي اللفظ

ما ملكه وقع كالملك يا زفر ردي ان كان طلق امرأته فاستحلفه رسول الله صلى الله عليه وسلم ما اراد به
الا واحدة وردها عليه فذلك المروي في الخبر انه للحالف ما اراد الا واحدة قال له النبي عليه السلام هو على ما
اردت وهذا لانه نوى ما لا يدين فيه ولانه لو صح ان اردتها عليه اهمل ان يكون رد تها عليه نكاح جديد وهذا
هو الظاهر بدليل انه اضاف الرد الى النية علم والرد الذي هو الرجعة بضاف الى الروح قال
وان نوى بالثنتين كانت واحدة لان البينونة تارة تكون بالواحدة وتارة تكون بالثلث
واذا نوى ما يحتمله اللفظ وقع قال وان نوى ثنتين كانت واحدة وقال زفر يقع ما نوى
وهو قول مالك والشافعي لنا ان البينونة لا تتصور العدد لان ما لا يتجزأ لا يصح ان ينظر بها بعدد
فيقول انت بائن بائن واذا لم تتصور العدد لم يصح ان ينتظم به ما لا يتضمنه الكلام وجه قول زفر
ان كل لفظ جاز ان يقع به الثلث جاز ان يقع به ما دونه كالواحدة فلما كانت الواحدة والثلث مما تقع من
ان كل واحد منهما بينونة واللفظ يتسع لذلك فلا تقع من حيث العدد ولهذا تصح نية الثنتين اذا نوى
لان نية العدد من حيث العدد وذلك لا يتصور لما قلنا ان اذا قال لزوجته
الامة انت بائن ونوى الثنين وقع لما كانت البينونة الكبرى في حقها كما كانت للملك في حق الحرة وقد
قالوا اذا طلق امرأة حرة واحدة ثم قال انت بائن بائن ونوى الثنين لم يقع الا واحدة لان الحرة لا تبين
بالثنين فظهر ان لا ما تقدم من الطلاق فلم يكن ذلك نوع بينونة فلم يقع ما نيته قال
وهذا اشارة الى ان باقي هذه الالفاظ التي ذكرها كلها كانت لما احتمل الطلاق وغيره
قال فان لم يكن له نية الى قوله الا ان ينوي اما اعتبار النية او دلالة الحال في وقوع الطلاق
بالفاظ الكنايات فقد بيناه الا ان الحكم يختلف باختلاف دلالة الحال على ما نبينه وقد قسمنا امرها على ثلاثة
الكنايات ثلثة اقسام فالقسم الاول لا يدين فيه في القضاء في مذاكرة الطلاق كانا او في حال الغضب
وذلك قوله اسرحي سبيلك واختاري واعتدي لان هذه الالفاظ لا تصلح للشتم لا للابعاد فانها لفظة
منها الطلاق ومن تكلم بكلام الظاهر منه الطلاق لم يصدق في صرفه عن ظاهره
كالوقال انت طالق ثم قال لم انو به طلاقا من وثاق فانما بينه وبين الله تعالى يدين لحوازان
يكون كما قال الله تعالى اعزز سبيله والقسم الثاني لا يدين في القضاء اذا كانا في مذاكرة الطلاق
ويدين اذا كانا في حال الغضب وذلك في كل لفظ يصلح للشتم وهي جملته الفاظ خلية



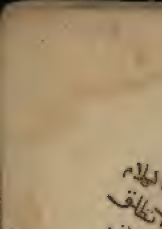
وبرية وبائن وبينة وحرام لان هذه الالفاظ تصلح للشتم لان زوجة انسان تحل له وحرمته
من الاسلام وبائن من الدين وبينة من الحرمة وحرام لاجتماع معنى فاذا كان في حال الغضب فهي
حال تصلح للشتم وتصلح للطلاق فاذا احتمل الامرين لم يحمل على احدهما الا بالنية فاما اذا كانا في
حال مذاكرة الطلاق لم يكن قوله طالق يحتمل بعض هذه الالفاظ فهذه الحال لا تصلح الا للطلاق
فوجب حمل هذه الالفاظ على الطلاق دون الشتم فلم يصدق فيما نوى فاما فيما بينه وبين الله تعالى فيدين
لجواز ان يكون كما قال وقد روي عن ابي يوسف انه زاد في ذلك اربعة الفاظ اخر وهي لا سبيل
لي عليك وما لك وخليت سبيلك ولا ملك لي عليك لان هذا لما احتمل الشتم للطلاق نحو قوله
لا سبيل لي عليك لشرك وما لك لخبثك والملك لحقارتك والمعنى الثاني يدين في القضاء في حال الغضب
وفي حال مذاكرة الطلاق وذلك مثل قوله اغربي وقنعي واستتري واخرجي واذهبي وقومي
وتزوجي ولا نكاح لي عليك وعلي قيدك وحبلك على غاربك فهذه ايضا لا سبيل لي عليك
وذلك لان هذه الالفاظ تذكر ويراد بها الابعاد وحال الغضب حال الابعاد لان الانسان
يبعد زوجته فيها وان لم يطلقها وكذلك حال مذاكرة الطلاق لانها لو قالت له طلقني فقال لا سبيل
لي عليك احتمل لا سبيل لي عليك كطلاقك ولا ملك لي عليك كطلاقك وهذا يذكر ويراد به الامتناع
من الطلاق فاذا احتمل هذا وذاك في الحالين الابعاد واحتمال الطلاق مع النية فانما معه الكنايات
فيما لم يكن قوله تزوجي بالطلاق فهو كناية كقوله اذهبي لانه يحتمل اذهبي لاي بيت طلقتك وكذلك
تزوجي هو كناية تقديره تزوجي لاني قد طلقتك ولو قال كلي وتوي به الطلاق لم يقع لان الاكل
لا تتزوج بالطلاق فعلى هذا المعنى يجب ان يراعى معرفة الكنايات ولو قال لا حاجة لي بك
نوى به الطلاق لم يقع لان نفي الحاجة لم يقع مع الزوجية الا ترى ان الانسان قد يتزوج من لا
حاجة له فيها واذا قال لم اتزوجك لم يقع به الطلاق وذلك لان الطلاق يعقب العقد بعد وقوعه
وهذا قول اصل النكاح وهو كاذب فلا يقع به الطلاق قال واذا وصف الطلاق بصفة الزيادة
والبدعة كان بائنا مثل ان يقول انت طالق ثلثا يا بدة طالق ثلثا في حيض والفحش الطلاق وطلاق الشيطان
والبدعة وكالحيض مثل السنة ذلك لان وصف الطلاق بصفة من الزيادة والبدعة قد

صحت بالاجماع والله اعلم وقال محمد فيمن شرب النبيذ فذهب عقله ولكنه ضبط فزال عقله بالصاح
ان طلاقه لا يقع لان ذلك يحصل بسبب هو زلة قال وكذلك اللاعب بالطلاق والهازل وذلك
لما ذكرنا من زياده في كثير الطلاق وقد حذر عن رسول الله صلى الله عليه انه قال من طلق لاعبا فان
ذلك عليه واصح ابو يوسف في هذا نقل حديث محمد بن اسحاق عن زيد بن عبد الله عن سعيد بن
المسيب قال قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه ثلاث من لعب بهن لعب بالطلاق والنكاح والرجعة
والنكاح وقال ابو يوسف عن اسماعيل بن مسلم عن الحسن بن ابي الحسن انه قال من لعب بطلاق او عتاق
لزمه ولا يرفعه الا ان يراجع ذلك او لا يحدثها ابانة الله هزوا قال وكذلك الرجل يريد
غير الطلاق فسبقه لسانه بالطلاق كرجل اراد ان يقول لزوجته اسقني ماء فسبقه لسانه
فقال انت طالق وقع الطلاق وذلك لان القصد اذا لم يعتبر فيه فسبق اللسان ليس فيه اكثر
من عدم القصد فيقع وكذلك العتاق قال ويقع طلاق الاخرس بالاشارة وهذا لذكر
ذكره استحسانا والقياس ان لا يقع وجه القياس ان الاشارة غير محققة ولا معلومة فهي
كالكلام الذي لا يفهم وجه الاستحسان ان الاشارة اذا صارت معلومة معروفة فهي تدل
على معنى مفهوم نصارت بمنزلة الكتابة فيقع بها الطلاق وقد قال اصحابنا ان الطلاق
بالكتابة يقع اذا اراد بذلك الطلاق ومراد قول الشافعي رحمه الله ان الكتابة لما كانت
تتوهم مقام قول الكاتب بدليل ان المتهجي علم قامت كتبته الى الانات مقام دعائه بنفسه على العلم
ولان الكتابة جروز مظومة تدل على معنى مفهوم فيقع به الطلاق كالكلام فان قيل الكتابة
بصرح اللام لا تقع به شيء بغير نيته فاوقع بها الطلاق لم يقترن الى نيته كالكلام قيل له لا
نسلم انه اذا كتب على وجه لا احتمال فيه وقع الطلاق عندنا بغير نيته مثل ان يكتب اما بعد يا
فلانة اذا وصل اليك كتابي هذا فانت طالق فانها ان يكتب على غير وجه المخاطبة وكتب فلانة طالق
لم تقع حتى ينوي لانه لم يقصد بالكتابة خطابها فلا تدل على الطلاق الا بالنية
كالناطق بالكنايات واما الكلام الصريح فانما لا يحتاج الى النية لانه لا احتمال فيه لغير الاستعمال
ولا عرف في الكتابة ولهذا قلنا اذا كانت الكتابة على وجه المخاطبة لا يحتاج الى نية لان الخطاب
فهي كالكلام ولو قال ما اردت الطلاق لم يصدق كما لا يصدق في الكلام وقد قال

اوقع به الطلاق
لعله ان يكون ثم

اصحابنا

اصحابنا ان اذا ان كتابه لا تستبين او كتب الهوي فانه لا تقع الطلاق وان ذلك منزلة الكلام
الذي لا تسمع فلا يقع به شيء وقال الوكيل اما بعد اذا وصل اليك كتابي فانت طالق فانها لا تطلق
حتى يصل اليها كتابه لانه علق الطلاق بشرط لا يقع قبل وجوده قال واذا اضاف الطلاق
الى النكاح وقع عقيب النكاح مثل ان يقول اذا تزوجتك فانت طالق او كل امراة اتزوجها فهي طالق
وهو قول عمر وابن مسعود رضي الله عنهم وقال الشافعي لا يصح لنا ان الطلاق يصح تعليقه بالشروط
فصح ان يضاف الى الملك كالعتاق ولانه اضاف الطلاق الى ما يملكه فيقع كما لو قال لمن لعب بطلاق او عتاق
لزمه ولان قوله صحيح فوجب ان يعقبه طلاق كما لو قال لزوجته انت طالق ان شهر ان شهر فقبل رويت عن
النبي عليه السلام انه قال لا طلاق قبل نكاح قيل له ذكر المدني وابن ابي شيبة انه لا اصل له ولو ثبت الخبر لم يكن
فيه دليل لانه يتضمن نفي وقوع الطلاق قبل النكاح وكذلك نقول انما عندنا ما عقد على الطلاق
قبل النكاح ولم تطلق قبله وانما طلق بعده والخبر لا ينفي ذلك بين صحة ما قلناه ما روى الزهري
ومكحول انا ولا الخبر على رجل اراد ان يتزوج لامراة انت طالق ثم تزوجها وهذا صحيح لان
الطلاق هو الايقاع وانما المعلق بالشرط ايقاع واحقيقة الامر لا يضاف الكلام الى الايقاع الا بدليل
قال واذا اضاف الى الشرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامراة ان دخلت الدار فانت طالق
وذلك لانه اذا علق الطلاق بالشرط فهو بمنزلة المتكلم بالجواب عند وجود الشرط من طريق
الحكم الدليل على ان ما تكلم به حكمه عقيب الشرط بالقول المتقدم فوجب اعتباره في ذلك
الوقت فان قيل لو قال الصحيح لامراته ان دخلت الدار فانت طالق ثم جن ودخلت الدار فانت طالق
وان كان لو ابتداء الطلاق في هذه الحال لم يقع قيل له انما جعلناه كالمتكلم في ذلك الحال
الحكم والجنون يمنع طلاق مرطوق الحاكم بدليل عتق ذوي ارحامه بملكهم ووقوع الفرقة بسبب
امراته اذا كان عبدا فاجله القاضي فمضت المدة وهو مجنون فانه يفرق بينهما وهو طلاق من طريق
الحكم قال ولا يصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا او يضيفه الى ملك وقال
ابن ابي ليلى يصح ولنا ان صحيح لانه طلاق لم يوقعه في ملكه فلا اضافة الى ملك فلا يقع به
شيء كما لو قال لاجنبية انت طالق ثم تزوجها وانما قلنا انه لم يوقعه في ملكه لانه اضافه الى ملك فلا يقع
الا ان اضاف الطلاق قبل النكاح او علقه بالشرط كما لو قال لاجنبية ان تزوجتك فانت طالق ثم تزوجها
الا ان قال طالق قبل ان اتزوجك فانه يصح التعليق وخلافا في ذلك قال والفاظ الشروط



ان وان واذا واما ومتى وحيثما وكل هذه الادوات على انها شروط الا ان الافعال بها والشرط انما
يكون شرط الفعل وهو ما خوذ من العلامة كما ان جعل الشرط علامة لتعلق الجزاء بالفعل وقد قال
اهل اللغة ان اصل الشروط ما وازروا ما اشتراها واعدوا عليها الا ترى ان خروج الامير في معنى
الوقت فهو شرط محض وما شرطها فيه معنى الوقت فهو ملحق بها والشرط تعلق بالافعال
المستقبلة لان الشرط ما لم يجز ان يوجد وهو لا يوجد وهو الا يكون وانما يكون في
المستقبل فلذلك اختص الشروط بالافعال المستقبلة والشروط ايضا تختص بالافعال دون الاسماء
الا ان الافعال هي التي يجوز ان يعتقد عليها دون الاسماء فتعلق الجزاء بوجودها او نفيها والاسم لا
يصح ان يتعلق الجزاء فلم يكن متعلقا بالشروط ولهذا قالوا ان كلا ليست شرطا في الحقيقة لان
الاسم بليها ولا بليها الفعل الا انها في معنى الشرط فما عاد ذكره من الافعال على الاسماء التي وقعت
عليها كان كذلك الفعل بمعنى الشرط مثل ان يقول كل عبد اشتريه فهو حر فيكون ذلك بمعنى الصفة
فكانه اعتق سرا فحلف عليه وليست بشرط صحيح لان الافعال التي يكون الجزاء استحقاقها لا بليها
الا ترى انه لا يقول كل ما دخلت الدار فانت طالق ثم قال ان دخل الدار فانت طالق فانما تقيد الاسماء
فهي شروط في الحقيقة الا ترى ان الفعل يليها فيقول ان دخلت الدار فانت حر وان حر ان دخل الدار
فيليها الفعل تقدم الجزاء او تاخر قال وهذه الشروط كلها اذا وجد فيها الشرط انحل اليمين الا
في كلما لان الاصل في هذا ان كلما تفيد التكرار والدليل عليه قوله تعالى كلما نضجت جلودهم بدلناهم جلودا
غيرها وقوله كلما اوقدوا نارا للحرب اطفاها الله وقد فهم منه التكرار ولان كلما بنيت معنى الجمع
صح الافعال كلها وصير كل فعل معقودا عليه فيتعلق الجزاء الثاني كما تعلق الاول وما
سوى كلما من الشروط لا تفيد الجمع وانما يعقد على جنس الفعل وانما كان كذلك لانها ليست
بشرط محض لان الاسم يليها فهي في جمع الاسماء ولا تكرار الافعال تتكرر الجنس فيها بتكرار الاسم الذي
دخلت عليه كما تتكرر الجنس كلما تكرار الفعل الذي دخل عليه فاذا ثبت هذا قلنا اذا وجد الشرط حنث
لانه عقد على جنس الفعل وقد وجد فاما اذا وجد تعلق به الجزاء وليس في لفظه ما يفيد التكرار
فانحل اليمين فاذا عاد الفعل ثانيا فقد وجد ولا يمين فلم يتعلق به حنث واما كلما فانها تفيد التكرار
فيصير كل فعل معقودا عليه فيتكرر الحنث بتكرار الشرط حتى تقع في طلاق الملك الذي حلف

عليه فانه يقع بوجودها بعد وجود الشرط ثم وجد الشرط لم يحنث لان ذلك الطلاق لم يكن في ملكه يوم حلف
ولا اضاف اليه ولا متوابع لما كان في ملكه حين حلف فلم يتعلق اليمين والجزاء
الا بعد اليمين لا سيما وذلك لان اليمين تنعقد مع عدم الملك ابتداء فلان تنعقد مع حال البقاء
اولى قال فان وجد الشرط في ملكها انحلت اليمين ووقع الطلاق وان وجد في غير ملكه
انحلت اليمين ولم يقع شيء وهذا الذي ذكره مثل ان يقول لزوجته ان دخلت الدار فانت طالق ثم
دخل الدار وقع بها الزوجية وقع الطلاق وانحلت اليمين لوجود الشرط في الملك ولو ان
الزوج طلقها قبل وجود الشرط وانقضت عدتها ثم دخلت الدار فانه لا يقع عليها شيء
وتحل اليمين وذلك لان اليمين معلقه بالشرط وقد وجد فانحلت اليمين بتبين ذلك انه لو
حنث لاحنث لملك لانه يحلف لها قال لامراته ان طالزنا فانت طالق ثم دخل هذا العبد الدار ثم باع
العبد فدخل الدار وقع الطلاق وانحلت اليمين بوجود الشرط وان لم يكن
في ملكه فاما وقوع الطلاق فلانه يكون الا في ملكه فلم يوجد فلم يقع قال واذا حلفا
في وجود الشرط فالقول قول الزوج فيه الا ان تقيم المراة بينة وذلك لان الاصل عدم
الشرط فالظاهر انه لم يوجد ومن تمسك بالظاهر كان القول قوله كالمدعا عليه لما ان ذلك
انكر وان اقام المراة بينة على ذلك قبلت لانها اثبتت بينتها امرا حادثا فهو كما قامه المدعي
بينته على المال قال فان كان الشرط لا يعلم الا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها
مثل ان يقول ان حضت فانت طالق فقد حضت طلقت وهذا الذي ذكره اختيار والقياس
ان لا يقبل قولها وجه القياس ان وجود الحيض شرط في وقوع الطلاق فلا يقبل قولها
فيه كما لو كان الشرط دخول الدار فاذا عرفته وجه الاستحسان ان هذا مما لا يعلم الا من
جهتها فكان القول قولها فيه اصله انقضاء العدة والمنع من الوطي اذا قال انا حايض
قال واذا قال لامراته ان حضت فانت طالق ثلاثا فقالت قد حضت طلقت ولم تطلق ثلاثا
وذلك لما بينا ان القياس ان لا يقبل قولها ايضا في حق نفسها واما استحسنا ذلك لانه قول
متردد في حق نفسها فيما لا يعلم الا من جهتها اصله انقضاء العدة فاما قبوله في حق
الغير فبناء على اصل القلم وغير وقع ان يقبل قول الانسان في حق نفسه وان لم يقبل

وحزعره كاحد الورثة اذا اقر بدين على الميت لرجل وكذبه بقيه الورثه واذا قال لها ان حضت فانت طالق فرات الدم لم يطلق حتى يستمر بها ثلثه ايام واذا مضت ثلثة ايام حكمنا بالطلاق حيض حاضت وذلك لان ما تراه من الدم لا يعلم انه حيض بوجوده لجواز ان ينقطع قبل تمام ثلثه ايام واذا استمر ثلثه ايام علمنا انه حيض فحكمنا بوقوع الطلاق من حين رات الدم قال وان قال لها اذا حضت حيضة فانت طالق لم يطلق حتى تطهر من حيضها وذلك لان شرط الوقوع وجود حيضه كامله ولا يتحقق ذلك الا بعد ان تطهر من حيضها وليس كذلك في المسئله الاولى لانه جعل الشرط وجود الحيض وذلك يكون برؤيا اول الدم الا ترى انه شرط انه اذا استمر به ثلثه ايام لنعلم ان دم حيض فاذا استمر بنا انه دم حيض تقع الطلاق عليها حين رات الدم قال وطلاق الامه تطليقتان حرا كان زوجها او عبدا وحملة ذلك ان عند اصحابنا الطلاق معتبر بالنساء وكذلك العده وقال الشافعي رحمه الله الطلاق بالرجال والعده بالنساء فملك الحر يزوجته الامه ثلث تطليقات لما روى ابن عمر وعايشه رضي الله عنهم ان النبي عليه السلام قال طلاق الامه تطليقتان وعدتها حيضتان ولانه ملك يؤثر في ملك المتعه فكان مؤثرا في الرق والحريه كملك النكاح فان قيل روي عن النبي عليه السلام انه قال الطلاق بالرجال والعده بالنساء قيل له هذا خبر لا يعرف في كتاب ولم يذكره الا الشافعي رضي الله عنه وقد ذكر منها اخبارا انكرها اهل الحديث لو صح بعد ثبوته احتمل الطلاق بالرجال اي وقوع الطلاق بفعل الرجال لا بفعل النساء كما كان في الجاهليه حيث كان الرجل يراجع امرأته بلا عدد كان ذلك طلاقا منها وقد روي عن علي رضي الله عنه انه قال الاقراء في الطلاق العده قال واذا طلق الرجل امرأته قبل الدخول بها وقبل ان يفرض لها ومهرها مثل مهر نسائها فلها الميراث ولا عده عليها وقال الحسن البصري رحمه الله تبين بقوله انت طالق وبليغوا قوله ثلثا الى آخر الكلام موقوف على آخره لجواز ان يلحقه بشرط او يدخل عليه استثناء واذا وقف على آخره صار جملة واحدة فلا يقع بعضه دون بعض وجه قول الحسن رحمه الله ان قوله انت طالق يقع بها البينونة لانه يستوفي اللفظ ويستوجب الوقوع فلا يقع ما بعده كما لو قال انت طالق وهذا الذي ذكره لا يصح لان قوله انت طالق ثلثا كلمه واحده الا ترى انه لا يقدر ان يتكلم بها الا على هذا الوجه والكلمه الواحده لا تتبعض في الايقاع قال فان قوله انت طالق ثلثا في الاول لم يقع الا واحده وهذا الذي ذكره صحيح اذا لم يعلق بشرط الا ان ما يتبعض في الوقوع فتبين به لان التي لم يدخل بها لا عده عليها فيصادفها الطلاق الثاني وهي اجنبيه فلا يقع

قال وان قال انت طالق واحده وواحده وقعت عليها واحده ولم تطلق ثانيا ولا ثالثا في قول ابي حنيفه رحمه الله وقالا تبين بالاولى وتقع بالثانيه وهي اجنبيه فلا تقع قال وان قال لها انت طالق واحده قبل واحده وقعت واحده فان قال واحده قبلها واحده وقعت ثنتان وهذا الذي ذكرنا مبني على اصلين احدهما انه متى كان اللفظ الثاني موقوفا اخبرا وقعت ثنتان وانما كان كذلك لان اللفظ اما ان يكون اولا بشرط الوقوع فتبين به وقد جد الثاني وهي اجنبيه فلا تقع واذا كان اللفظ اولا غير موقوف اخبرا لم يشترط الوقوع فوقع الكلامان معا والاصل الثاني ان الاستثناء لا يلحق اتباع الكلام في زمان ما لم يتراخ الطلاق ووضع الاستثناء وما مضى من الاستباحه وما مضى من الاستباحه لا يمكن رفعها واذا ثبت هذا قلنا اذا وقع الطلاق في زمان يعلم اعتبرت الحال فان كانت المراة في الحال بحيث يجوز ان توصف بالطلاق الذي اوقعه عليها في الوقت المتقدم وقع عليها في الحال وهذا كما لو قال لامرأته وقد تزوجها اولا ومن ساعتي انت طالق وقع عليها في الحال لانها في الحال ممن يصح ان يوصف ذلك الطلاق صح ويتبطل الاضافه الى ما تقدم وانما اذا كانت في الحال لا توصف عليها وقعه عليها في ذلك الوقت بطل الكلام وهو كما لو قال لامرأته انت طالق امس وقد تزوجها اليوم لم يقع عليها شيء لان اضافه الطلاق الى ما مضى لم يصح وهي في الحال لا توصف بطلاق لو قعه امس فلغا الكلام ولم يقع اذا ثبت هذا قلنا اذا قال انت طالق واحده قبل واحده وقعت واحده لان اللفظ اولا هو الموقع اولا هو الموقع اولا واذا تقبلها واحده وقعت اخرى لان اللفظ اولا موقع اخبرا فاقتضى اللفظ وقوع تطليقه في الحال ووقوع اخرى قبلها وهو لا يملك ايقاع طلاقين متقدمين فيقعان معا قال وان قال واحده بعدها واحده فهي واحده وذلك لان اللفظ اولا موقع اولا لم يشترط الوقوع وصادفتها الثانيه وهي اجنبيه قال وان قال واحده بعد واحده وقعت عليها اثنتان لان اللفظ اولا موقع اخبرا قال وان قال بعد واحده اخرى واحده اخرى وقعت ثلاث وذلك لان اللفظ اولا موقع اخبرا لم يشترط الوقوع وصادفتها الثانيه وهي اجنبيه فوقعت قال وان قال انت طالق واحده ومعها واحده وقعت ثنتان وذلك لان مع حرف مقارنه فتقع وقوع الطلاقين معا وقد ذكرنا عن ابن عمر في قوله معها واحده انه تقع واحده قال لان الكلام يقتضي تقدم تطليقه فتتبع احداهما فتقع والثانيه تقع قال وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق واحده وواحده واحده ودخلت وقع عليها واحده عند ابي حنيفه وقال ابو

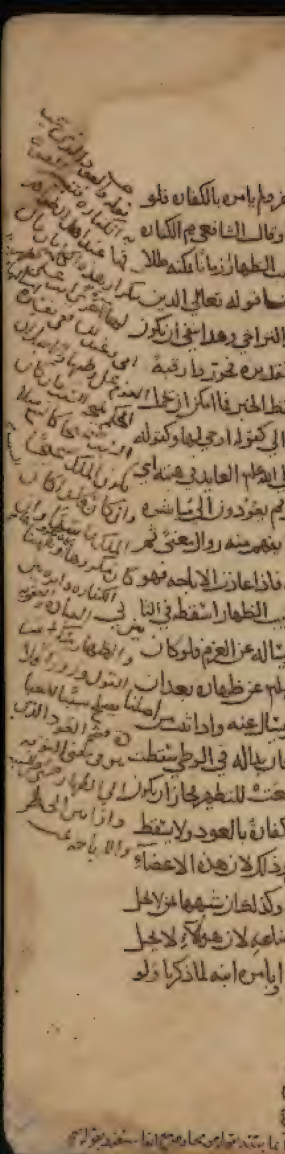
وبعدهم يقع جميع ذلك وجه قول ابي حنيفة هم ان الطلاق المعلق بالشرط كالمذكور عند وجود الشرط فكانه قال لها بعد دخول الدار انت طالق واحدة وواحدة فيقع الاولى فتصادفها البائنة وهي اجنبية فلا يقع ولا يشبه هذا اذا اخر الشرط فقال انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار لان جميع الطلقات وقعت على الشرط وتعلق به كل تطليقة كتعلق الاخرى فاذا وجد الشرط وقعن معا فكانه ذكر لفظة الشرط عند كل تطليقة وجه قولهما ان الواو للجمع فكانه قال ان دخلت الدار فانت طالق اثنتين وهذا اذا كانت الواو عند مدخول بها فان كانت قد دخل بها وقع عليها الاثنتان ذلك في قولهم جميعا ثم اذا قدم الشرط واخره وهذا ظاهر على قول ابي حنيفة رحمه الله فاما على قول ابي حنيفة فلا شبهة فيه ايضا اذا اخر الشرط فاما اذا قدم الشرط فقال ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فقد دخلت واقعت عليها الاولى وتصادفها البائنة وهي في العدة فتقع عليها الاخرى لان العدة تقع عليها الطلاق وانما قال ان دخلت الدار فانت طالق ثم طالق ثم طالق تعلق الطلاق الاول بالدخول خاصة وان كانت غير مدخول بها فان كانت قد دخل بها وقع عليها الثلاث في الحال فان دخلت الدار وهي في العدة او بعد ما راجعها وقعت الاولى والثانية والثالثة في الحال فان دخلت الدار وهي في العدة او بعد ما راجعها وقعت عليها الثانية وان كانت غير مدخول بها وقعت عليها البائنة حين تلزمها ولم تقع الثالثة لانها تكلمها وهي بائنة الا الاولى فانها تدخل الدار بعد ان تزوجها ولم يكن دخلت قبل ذلك حنث وبانت بها هذا كله قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ان كان قد دخل بها وقعت عليها الثلث تطليقات وان لم يكن دخل بها وقعت عليها واحدة وجه قول ابي حنيفة هم ان ثم للتراخي واذا قال ان دخلت الدار فانت طالق ثم طالق ثم طالق انعقدت يمينه فاذا قال ثم طالق ثم طالق انعقدت يمينه فاذا قال ان دخلت الدار فانت طالق ثم طالق ثم طالق سئلت ثم قال بعد ذلك ولا تتعلق بالشرط وقع في الحال كالمذكور عند وجوده وجه قولهما أن ثم حرف عطف فيكون الواو فتتعلق الجميع بالشرط قالا واذا قال لها انت طالق ثم طالق فهي طالق في كل البلاد ولكن انت طالق ثم الدار وذلك لانه لم يعلق طلاقها بشرط وانما خص طلاقها بمكان والطلاق لا يحتمل التخصيص بمكان دون مكان فيلغو التخصيص بالمكان الذي ذكره ويقع في الحال وقد قالوا لو قال ان دخلت الدار فانت طالق ثم طالق ثم طالق فدخلت دخلة واحدة طلقت ثلاثا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد تطلق واحدة وهذا على غير الظاهر وبيننا وبين الله تعالى لا نوى ما يخالف كلامه قالوا ولو قال انت طالق اذا دخلت الدار فدخلت دخلة لم تطلق حتى يدخل مكانه وذلك لانه علق طلاقها بشرط وهو الدخول فلا يقع قبل وجوده

الشرط



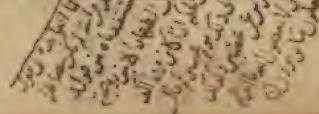
بابه وانما المال الكلام فيما يقع في خوامع احدها ان الجامع طلاق وهو قول عمر وهو احدى الروايتين عن عثمان وهو قول ابن عباس رضي الله عنهم لانه لغير طلاق وقال الثاني يقع في احد قوليه ما وقع وهو قول الفرس وكنايته عن الطلاق لانها انما فرقة تتعلق بسبب من جهته الزوج طارية على النكاح مختصة به فكانت طلاقا كقوله انت طالق ولانها فرقة بعوض كالطلاق على مال فان قيل قال الله تعالى الطلاق مرتان ثم قال فلا جناح عليهما فيما افتدت به ثم قال فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فجعل الخلع طلاقا فيما لا يقع طلاق فيما بعده قلنا ذكر الله تعالى الطلاق بغير عوض ثم ذكر العوض بقوله فلا جناح عليهما فيما افتدت به وهذا مما يلحق التطليقة بغير عوض ثم ذكر التطليقة الثالثة فلا شبهة فيما ذكره والثاني ان الطلاق الواقع بالخلع بائن لانه لو كان رجعيا لما صح قوله تعالى الطلاق مرتان ولما صح ذكر عوضه انها طالق فاذا كان كناية وقع الطلاق البائن لان الكنايات الثلاث في الخلع عندنا عبارة عن العدد على الطلاق بعوض الدليل عليه ما قالوا في رجل قال لرجل اخلع امرأتك فلانة بألف فقال خلعت لم يقع شيء حتى تقبل المرأة في المجلس ولو قال الرجل لامرأته اختلعي بألف فقالت اختلعت نفسي بألف وقع على اجابته الزوج واذا ثبت ذلك قلنا اذا قال لها اختلعي ونوى الطلاق لم يكن خلعا في الحقيقة وانما يكون كناية عن الطلاق فاذكر عوضا لم يقع شيء حتى تقبل المرأة في قول المرأة فلا يقع شيء حتى تقبل ويقع الطلاق ويلزم المال ولقد قال اصحابنا ان الزوج اذا ابتدأ ما يجب الخلع فقال خالعتك على الف فلم يصح رجوعه عن ذلك لانه بمنزلة من علق طلاق الزوج من جهته الطلاق واجاب الطلاق لا يصح الرجوع عنه فان ابتدأ المرأة ما يجب الخلع فقالت خلعت نفسي بكذا بالف فلها ان ترجع عنه قبل القبول ويبطل قبولها لان المرأة من جهتها المال والاعانة للمال بطل الامر ان قبل القبول كالبيع قالوا واذا كان النشوز من قبله كره له ان يأخذ منها شيئا وذلك لقول الله تعالى فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ثم استثنى الزوج فقال الا ان يأتين بفاحشة مبينة قالوا واذا كان النشوز من قبلها كره له ان يأخذ اكثر مما اعطاها فان فعل جاز في القضاء وذلك لما روي ان ثابت بن قيس بن شماس تحته جميلة بنت سلول فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس ما اعيب عليه في خلق ولا دين ولكني اكره الكفر في الاسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اتردين عليه حديقته فقالت نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقبل الحديقة وطلقها تطليقة فقال ابو حنيفة رحمه الله قوله فان خفتم الا يقيما حدود الله خطاب للحكام لقوله تعالى وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هو خطاب للزوجين لقوله تعالى الا ان يخافا الا ان يعلما وقوله فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به وقوله تعالى ولا يحل لكم ان تأخذوا مما آتيتموهن شيئا الى قوله فلا تعتدوها ولان الخوف لا يحل الاخذ وانما يحل الاخذ بطيب النفس لقوله تعالى فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا ولان الخوف لا يعرف الا من جهتهما فكان خطابا لهما ولان الخلع لا يصح الا بالتراضي ولا تراضي الا بالتسمية ولا تسمية الا بالتعيين ولا تعيين الا بالمعاينة ولا معاينة الا بالحضور ولان الخلع لا يصح الا بالقبول ولا قبول الا بالمجلس ولا مجلس

حقيقة الظهار في الشرع ازيشبه زوجته او عضوا منها بعضو من جسمها او جزءا شائعا منها الى الاجل
له النظر اليه من امراة تحرم عليه نكاحها على التابيد واهل اللغة لا يعرفون هذه الشرايط فالاستشهاد
شرعي فيه بحسب اللغة وقد كان الظهار طلاقا في الجاهلية فنقله الشرع الى ما هو موجب بالكفارة
والاصل فيه ثبوت حكم الظهار ما روي عن خولة بنت ثعلبة رضي الله عنها قالت كنت اد بن الصامت وكان
شيخا كبيرا فدخل عليّ ذات يوم فراجعته في بعض ما اثر فيه فقال لي انت عليّ كظهر امي ثم خرج
الى مجلس قومه ثم رجع فاراد مني ما يريد الرجل من امراته فقلت له كلا والذي نفسي بيده لا تصل اليّ وقد
قلت ما قلت حتى يقضي الله ورسوله بيننا فوثب عليّ فلم اتنعه عني ما يمنع به المراة الشيخ الكبير فحملت
عليه فاخذته منه شيئا فاقلبته واستثبته فاذا هو قد ذهب عني ما بي فجئت من بيتي وذهبت الى
صنع فقال لي زوجي ابو عمرو وهو شيخ كبير فراجعته وخلت اشكو الى الله ما القاه من سوء خلقه
او من فتعثار رسول الله صلى الله عليه وسلم الوحي كما كان يتعثاه فلما انزي عنه قال لي يا خويلة قد انزل الله
فيكم قرانا تلا او ل السورة قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها الى آخر القصة ثم قال
مريه فليعتق رقبة فقلت يا رسول الله ما عنده ذاك قال فليصم شهرين متتابعين قلت يا نبي الله شيخ كبير ما به
من صوم قال فليطعم ستين مسكينا وسقا من تمر قلت يا رسول الله ما عنده ذلك فقال انا ستعينه بعرق
فقلت يا رسول الله وانا اعينه بعرق اخر قال احسنت فاذهبي فاطعمي عنه ستين مسكينا واستوصي به خيرا ففعلت ما امرني به رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال واذا قال الرجل لامراته انت عليّ كظهر امي فقد حرمت عليه لا يحل له وطيها ولا لمسها ولا تقبيلها حتى
يكفر عن ظهاره وذلك لان الظهار يتعلق به تحريم ما يرتبع الا بالكفارة قال ربوجد سبب الحل بحيث لا
يزول التحريم بوجه لا بملك اليمين ولا بغيره وهذا كالتحريم المتعلق بالطلاق الثلث الذي لا يرتبع الا بعد
الزوج ولا يزول بملك اليمين ولا بغيره كذلك هذا التحريم لا يزول الا بالكفارة ○ وقد قال اصحابنا ثم لو
ظاهر من امراته وهي امة ثم اشتراها او ورثها او ملكها بملك اليمين وكذلك لو ظاهر من امراة اخرى ثم
ابانها او ماتت او ورثها او ملكها بملك اليمين ثم اشتراها او ورثها او ملكها بملك اليمين وكذلك لو ظاهر من امراته
الذمية ثم ابانها او ماتت او ورثها او ملكها بملك اليمين ثم اشتراها او ورثها او ملكها بملك اليمين حتى لم تزل
حتى تزوجها بعد زوج ولا بعد زوج وحتى يكفر وذلك لقول ابن عباس رض ان رجلا ظاهر من امراته فواقع قبل ان يكفر فاتى
النبي صلى الله عليه وسلم فقال ما حملك على ما صنعت فقال رايت خلخالها في القمر ○



تزوج عليها اخرى او الى ذي علم فذكر ذلك له فقال استغفر الله ولا تقربها حتى تكفر بما امرك الله فلو
وجب عليه ليتها له قال والعود الذي يحرم به الكفارة ان يعزم على وطيها وقال الشافعي رحمه الله
يحرم بالظهار والعود هو امساكها على النكاح عقيب الظهار فاذا امسكها عقيب الظهار زمانا امكنه طلاقها فيه
ثبت حكم الظهار والعود هو ان يعزم على الوطي بعد الظهار امسكها

شبهها بامرأة نفاها ابوها او اسلمها وذلك واذ شبهها بامرأة قد فوض الحاكم بها الطلاق فالا يوسف لا يقع
مطلقا لانها وان رضيت عندي على التأبيد فلو حكم الحاكم بجواز نكاحها جاز وابطل معنى التأبيد قال
ابو يوسف ولو حكم حاكم بجواز نكاح المرأة التي قد زنا بها ابوها بطلت اذا رفع الى فريق التحريم على التأبيد
ولو شبهها امرأة قبلها ابوها بشهوة او نظر الى فرجها بشهوة لم يكن مظاهرا عند ابي يوسف رح
وقال ابو يوسف يكون مظاهرا وجه قول الذي يوسف رح ان التحريم بالنظر الحرام ليس بمنصوص عليه وقد
اختلف فيه فساغ فيه الاجتهاد ولم يتابد التحريم وجه قول الذي يوسف رح ان التحريم بالنظر بشهوة
عليه بدليل قوله عليه السلام من نظر الى فرج امرأة فنظر اليها حرمت عليه امها وابنتها وحكم الحاكم يحلل الحرام
عليه لا يفيد ○ وقد قال الشافعي رح اذا شبهها بالام او الجدة فهو ظهار وان شبهها بالبنت او الاخت فليس
وان شبهها بمن كانت حلالا له حرمت عليه امرأته لم يكن مظاهرا فرقا بين الام وهذا لا يصح لان ما حرم
من محرم على التأبيد كالام فان قبل ان الله تعالى ذكر التشبيه بالام خاصة قيل له ولعله ان
يكون منكرا من القول وزورا وهذا موجود في التشبيه بالبنت والاخت قال ألا ترى ان قائلا لو قال
على كظهر امي الا يوم وذلك كذبا في الطلاق ان هذه الاعضاء يعتبر بها من الجملة فذكرها كذكر
المرأة بعينها فانها الجزء الشائع فيتعلق به التحريم ثم يسري الى الجملة وقد يتأبد ذلك في الطلاق
ايضا قال وان قال انت علي مثل امي حرج الى بيته الى آخره وهذا قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف
هو ايلاء وقال محمد هو ظهار والخلاف بينهم اذا لم يكن له نية وجه قول ابي حنيفة رح ان هذا اللفظ محتمل
للشبيه في الاكرام وفي التحريم والظهار والطلاق ليس بصريح في واحد منها فوجب ان يتوقف على نيته كسائر
الكنايات فاذا لم تنو لم يقع به شيء وليس ذلك كقوله انت علي كظهر امي لانه صريح الظهار فلا يحتمل
فيه كما لا يتوقف صريح الطلاق وجه قول ابي يوسف رح ان هذا اللفظ يحتمل التبوئة والتحريم
والظهار فيثبت التحريم لانه متيقن وهو الذي ذكره محمد رح لان الاكرام مما يحتمله اللفظ ايضا وما
زاد عليه متكوك فيه فلا يثبت الا بيقين وجه قول محمد رح ان لفظ التشبيه يقتضي الظهار فصار
حمله اولى وهذا لا يصح لان الظهار لا يقف على التشبيه بدليل انه لو قال انا منك مظاهر كان
مظاهرا قال ولا يكون الظهار الا من زوجته فان ظاهر من امته لم يكن مظاهرا وذلك لقوله
تعالى الذين يظهرون منكم من نسائهم والظهار هو اللفظ لا سائر الاعمال ولانه لو حرم بقوله انت



وجد فالعبرة لا بعين وقت البعض عند الجمع فجوز ذلك عن الكفارة قال ... وان ترك
المظاهر بعتق الرقبة وذلك لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين والصوم الواقع
في شهر رمضان لا يقع عن غيره بصار عندنا فلا يعتد به في باب الكفارة لاستحالة ان يقع الصوم
الواحد عن صومين واجبين واما يوم الاضحى والفطر وايام التشريق فالصوم فيها ناقص لانه منهي
عنه والواجب عليه صوم كامل فلا يجزي عنه الناقص قال ... فان جامع التي ظاهر منها في خلال
الشهرين لا عامدا او نهارا ناسيا استأنف الصوم عندنا في جميع وجوهه وقال ابو يوسف لا
يبطل صومه وبه قال الشافعي وجه قولهما قوله تعالى فصيام شهرين متتابعين من قبل
ان يتماسا وهذا يقتضي صوم شهرين لا ستين منها قبلها ولا بعضها فاذا جامع في خلالها فاتم
يوجد الصوم المأمور به فلا يجزئه ولانها صفة منصوص عليها في صوم الكفارة فاذا تركها ابتداء
بطل صوم الكفارة اصله التتابع وجه قول ابي يوسف انه وطئ لا بعذر الصوم فلا يستطع التتابع
اصله وطئ غيرها الجواب ان وطئ غيرها منع منه منعا محضا لحق الصوم ولا يبطل التتابع واما
وطئها فانه منع منه منعا محضا لحق الصوم والتتابع فابطل التتابع قال ... وان افطر في يوم منها
بعذر او بغير عذر استأنف وذلك لان الله تعالى اوجبها بشرط التتابع فاذا عدم الشرط لم تجز
وقال الشافعي في احد قوليه لا يستأنف لان فرق صوم الشهرين بالا ينسب فيه الى التفريط فلم يمنع
البناء كالفطر بالحيض وهذا لا يصح لان الحيض لا صوم الشهرين لا خلو منه في العادة فهو كزمان الليل
والمرض يجوز ان يخلو الصوم منه في العادة فهو كيوم النحر وكالوفي الليل قال ... واذا كان
العبد لم يجز في الكفارة الا الصوم وذلك لان العبد عندنا لا يملك وان ملك والعتق والصدقة لا
تجوز الا بعد الملك ولم يوجد فصار من هذا الوجه بمنزلة الفقير ملوك كفارة الصيام قال ... فان
اعتق المولى عنه او اطعم لم يجز وذلك لما بينا ان من شرط التكفير بالعتق والاطعام الملك والعبد
لا يملك وان ملك فما يفعله المولى يقع عن نفسه فلا يجزي في الكفارة ولا يشبه هذا الحر الفقير
اذا امر غيره ان يكفر عنه بالاطعام او العتق ان الجواز امره له بمنزلة قوله اقضي ما يطهر عني
في الكفارة او ملكني وهو معسر فيقوم الفقر تمامه في النفر فيه قريبا لان الكفر ثم قاصر
لنفسه فاما العبد فلا يصح ان يملك وان ملك فلذلك لم يجز قال ... واذا ارتفع الظاهر

الصيام اطعم ستين مسكينا كل مسكين نصف صاع من بر او صاع من تمر او شعير او قيمة ذلك وقال
الشافعي من كل نوع مد لما رواه الشيخ ابو الحسن في جامعه في قصة خوله ان النبي عليه السلام
قال لظهار وسق تمر بين ستين مسكينا ورواه مرسلا عن آخر ان النبي عليه السلام قال لسلمة ستين مسكينا قال
يا رسول الله ما عنده قال فانا نعينه بعذق من عندي قال العذق ستون صاعا ولانا لا نقدر على
الفطرة لا بمقدره لطعام المسكين في الكفارة اصله ما دون المائتين فيجوز اخراج
في الكفارة فلا بمقدر بالصاع اصله الحنطة قبل المقصود بالطعام هو الكفاية ومعلوم
ان في ذلك لا يتبع الحنطة والشعير على وجه واحد فلم يجز التسوية بينهما واما قوله او قيمة ذلك
نعتبر اخر اخراج القيمة في الكفارة وقال الشافعي لا يجوز وهذه المسألة فرع على اصل جواز اخراج
اخراج القيمة في الزكوة لان المقصود كل واحد منهما سد خلة الفقير ودفع حاجته وهذا موجود
في القيمة فان قيل انه اتى بما يتنافى التكفير فلا جزى عنه كالعتق قيل له العتق ليس بمال فلا يكون
بتمليكه والكفارة والاطعام كل واحد منهما مال فجاز ان يخلف معاوضة فجاز تمليكه فيه قال
فان غداهم وعشاهم جاز قليلا اكلوا او كثيرا وقال الشافعي لا يجوز في الكفارة الا التمليك لنا قوله تعالى
فاطعامه ستين مسكينا وحقيقة الاطعام يفيد التمليك ولان المقصود سد خلة الفقير وهذا موجود في
التمليك وهو الدفع ايضا لانه يتفرق بعد حصول الكفاية ولا يتفرق مع الدفع فان قيل صدقة وجبت
بالشرع فلا يجوز فيها التمليك اصله الزكاة قيل له قد روي عن ابي يوسف انه يجزي التمليك
فيها فلا تسلم على قوله الاول وان سلمنا ان الفرق بينهما ان الله تعالى اوجب الزكاة بلفظ الايتاء قال
وآتوا الزكاة وبلفظ الصدقة وذكر بقيد التمليك واوجب الكفارة بلفظ الاطعام وذلك يفيد التمكين
فلذلك اختلفا قال ... وان اعطى مسكينا واحدا ستين يوما اجزاه وقال الشافعي لا يجوز
حتى يدفع في عدد المساكين لنا ان خروج من المال فاجاز دفعه الى اقل جاز كذا رد دفعه
الى واحد كالزكاة ولان مسكينا لو استوفى قوت يوم من كفارة فجاز الصرف منها اليه كما لو
كان يأكل اليوم الاول قبل ان هذا لا يصح لانه في اليوم الثاني لم يستوف منها فجاز الدفع اليه كما لو
دفع الى غيره قال ... وان قدر على التطهر منها في خلال الاطعام لم يستأنف وذلك لان الرجوع

لم يمنع منه لعجز بخلاف الاطعام الاترى ان الله تعالى لم يشرط في الاطعام ترك الشهوة مع ان الوطء لجواز ان يقدر على الصوم او العزم والنهي اذا لم يكن لعجز لم ينف المنهي عنه لم يمنع النفاذ فالـ ـ ومن وجب عليه كفارة باطعام او عتق وصيام لا يجزئ احدهما عما عداها وان صام اربعة اشهر او اطعم مائة وعشرين مسكينا جاز وهذا الذي ذكره استحسان واما اذا كانا من جنس فانه لا يجوز الا متتابعا معتبرا وقال الشافعي اذا نوى الكفارة فيها اجزأه عنده وهذا لا يصح لانها عبادة تختلف جنسها فاذا وجبت النية لنوعها وجب التعيين لاصله الصوم والقلاة فان قيل كفارة واجبه فلا يعتبر جوازها الى التعيين لاصله الصوم شبها اصله اذا كانا من جنس كفارات من جنس واحد قيل له حكم الجنس الواحد في نية التعيين خلاف الجنسين بدلالة ان رمضان لا يجزئ فيه التعيين وتضاء ومضان وصوم النذر يفتقر الى نية التعيين لاختلاف جنسها قال ـ ـ واذا اعتق رقبة واحدة او صام شهرين كان له ان يجعلهما لكفارتين اثنتين اذا نوى بذلك جنس الكفارة وذلك لانهما من جنس واحد وما كان جنسا واحدا فانه يحتاج الى نية التكفير واذا وجد ذلك صح وله ان يصرفه الى اثنين شاء فيها ○ وقد قال اصحابنا يجوز صرف الكفارة الى فقراء اهل الذمة وقال الشافعي لا يجوز لانها مئونة فتجب بسبب من جهته فلا يجوز صرفها الى اهل الذمة كصدقة الفطر فان نقل ان مئونة الحد تجب بسبب من جهته ثم يجوز صرفه الى اهل الذمة اصله الزكاة قيل له الزكاة لحقها الى الامام وهو قائم مقام المالك بدليل انها لا تجوز لهم ولا يجوز صرفها الى غيرهم وليس كذلك الكفارة لانها لا تحل للامام فيها فبقي

## كتاب اللعان

الاصل فيه ثبوت اللعان ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه قال كنا جلوسا في المسجد ليلة الجمعة اذ جاء رجل من الانصار فقال يا رسول الله ارأيت لو ان رجلا وجد مع امرأته رجلا فان قتل قتلتموه وان تكلم جلدتموه وان سكت سكت على غيظ ثم جعل يقول اللهم افتح فنزلت آية اللعان وقد كان يوجب قذف الزوج في اول الاسلام الحد وقد دل عليه قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة وهو عام في الاجنبيات والزوجات وما روي في قصة ابن امية ان الرجل قال ان رأى احدنا على بطن امرأته رجلا ان يمسه حتى يأتي باربعة شهداء ان رأيته ـ ـ ـ

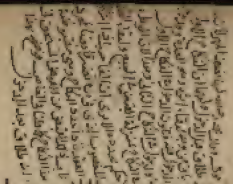
ليس من الاعمى والفاسق قال الاعمى من اهل الشهادة ويقبل شهادته عندنا في النسب والنكاح وانما لا تقبل فيما لا يتميز فيه المشهود عليه وهذا المعنى لا يحتاج اليه في اللعان وانما الفاسق من اهل الشهادة بدليل انه لو شهد فردت شهادته ثم تاب فاعادها تقبل ولو لم يكن من اهل الشهادة لما كان كذلك الكافر اذا اسلم فاعادها ولو شهد الفاسق او الاعمى لم يحد المشهود عليهم ولو لم يكن من اهل الشهادة حدوا كالصبي قال فاذا لاعن فرق الحاكم بينهما وقال ابو حنيفة الفرقة بلعانها وقال الشافعي لا تقع بالتفريق حتى يفرق الزوج لما روي ان رجلا سأل سهل بن سعد هل فرق النبي صلى الله عليه وسلم بين المتلاعنين فقال نعم انا لا عند النبي صلى الله عليه وسلم فرق بينهما وانا ابن عشر سنين فكانت حفظتي ذلك ولان الفرقة بالطلاق لا تقع بغير لفظ الطلاق والفرقة باللعان تقع بغير لفظ الطلاق بدليل ان الزوج لو قال لامرأته لا نكاح بيني وبينك او قال لها اذهبي فاختاري نفسك او قال لها امرك بيدك او قال لها اختاري فاختارت نفسها او قال لها اعتدي او قال لها استبرئي رحمك او قال لها انت بائن او قال لها انت حرة او قال لها انت خلية او قال لها انت برية او قال لها انت بتة او قال لها انت بتلة او قال لها انت بتلة بتة او قال لها انت واحدة او قال لها انت واحدة بائنة او قال لها انت واحدة بتة او قال لها انت واحدة بتلة او قال لها انت واحدة بتلة بتة او قال لها انت واحدة بائنة بتة او قال لها انت واحدة بائنة بتلة او قال لها انت واحدة بائنة بتلة بتة او قال لها انت واحدة بائنة بتلة بتة او قال لها انت واحدة بائنة بتلة بت

لخروجها من العصمة الثالثة وعنده تنقضي بالحيض الثالثة لما قدر تعالى في المطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء وقد ذكرنا فيما تقدم بعدد نظائره يقتضي استغراق العدد كقوله رأيت ثلثة رجال في معلوم ان الله تعالى امر بايقاع الطلاق في الطهر فلو كان الاقراء الاطهار اعتدت بطهر من بعض الثالث اذا كان بالحيض اعتدت بثلثة كاملة فكان حمل الاقراء على ما تتعرف فيه العدد اولى ولان اهل اللغة قالوا ان اسم القرء يصلح للحيض وللطهر وقد ذكرنا ان الكتاب وكتاب الاصداد وذكر غيره ايضا وهذا لا يكاد انكاره وقد اجمعنا ان الاقراء المذكورة في الآية لم يرد بها الاطهار وانما المراد احدها والظاهر ان الحيض هو المراد لان النبي عليه السلام قال لفاطمة بنت ابي حبيش اذا اقبلت حيضتك فدعي الصلاة واذا ادبرت فاغتسلي وصلي ثلثة ايام اقرائها ولان الحيض يثنى والاسم القرء يكاد يجمع والاطهار لا تثنى قروا الا اذا خلت الحيض فالاسم عن الطهر في حال واحد لانه مجاز وهذا كله يدل على ان حمل القرء على الحيض اولى وقد روي في حديث عائشة ان النبي عليه السلام قال طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان ولان انفصال الحيض معتبر في انقضاء العدة وما اعتبر في انقضاء العدة اعتبر باتصاله كالاصل الحامل اذا كان الاسم يتناولهما واجمعنا ان المراد احدهما كان حمله على الطهر اولى لان تعقب الطلاق في معتده عقيبه وايضا فان الاسم اذا تناول الامرين محمل على اولهما قال الله تعالى اولهما اذا كان الاسم يتناولهما محمل على وجه واحد منهما اذا كان حقيقة في احدهما ومجازا في الآخر ومطلقا في احدهما ومقيدا في الآخر فالواجب حمله على الحقيقة وعلى المطلق وان تأخر ولا نسلم ان يتناولهما محمل على وجه واحد على ما بيناه ولان الحيض قد يتعقب الطلاق المباح وهو اذا طلقها في اخر الطهر نعني بوجه حمله على الحيض ههنا قال وان كانت لا تحيض من صغر او كبر وقد ذكرنا الله اشهر وذلك لقوله تعالى واللاي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلثة اشهر واللاي لم يحضن قال وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها وذلك لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن قال وان كانت تحيض فارتفع حيضها لمرض او رضاع او ما اشبه ذلك تربصت تسعة اشهر فان حاضت والا اعتدت بالشهور ثلثة اشهر وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه قال عدة الامة بالشهور نصف عدة الحرة ولو استطعت لجعلت عدتها حيضة ونصفا ولانها عدة تتبعض فكان الرق يؤثر في نصفها كالحد والحيض لا يتبعض ولان الرق انما اثر في تنصيف العدة وجب ان يكون على النصف كالحد وهذا التقسيم فاسد لان عدتها حيضتان وكل شهر قام مقام حيضة فقبل ان يمضي عدتها حيضة ونصف لكنا لم نتبعض الحيض وجعلنا كل شهر بعض حيضة والشهر يتبعض فاما العدة بوضع الحمل فيستوي فيها الحرة والامة لانها لا تتبعض قال واذا مات الرجل عن امرأته الحرة فعدتها اربعة اشهر وعشر وذلك لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا وهذه العدة لاحق لله تعالى فيها تجب سواء كان الزوج صغيرا او كبيرا ممسوحا او عنينا مسلما او ذميا حرا او عبدا مدخولا بها او غير مدخول بها لان الله تعالى اوجبها مطلقة ولم يفصل بين الصغير وغيره واوجبها بموت الزوج والطلاق ذلك يقتضي من كان فيها حيضا ان كانت ممن تحيض عدتها شهران وخمسة ايام لان هذه عدة تتبعض فيجب اعتبارها على النصف من عدة الحرة كالعدة بالشهور قال وان كانت حاملا عدتها ان تضع حملها بعني للتوفى عنها زوجها وقال علي هي عدتها ابعد الاجلين لما قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وهو عام وعن عبد الله بن مسعود هي ان قال من شاء لاعنته ان سورة النساء القصرى بعد قوله اربعة اشهر وعشرا وما روي ان النبي عليه السلام امر سبيعة بنت الحارث حين وضعت بعد وفاة زوجها بايام ان تتزوج وعن عمر هي انه قال لو وضعت وفي بطنها زوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها ان تتزوج وجه ما ذكره علي هي ان وضع الحمل رفع للعلوق بيقين والحرج وجوب العدة بالشهور وضع على وجه العبادة بدليل انه يلزم المتصغيرة والآيسة فجمع بينهما قال واذا وقعت الطلقة في المرض بعد ان صح تولها ان الطلقة في حال المرض قد صارت في حكم المتوفى عنها زوجها في باب الميراث فكذلك في باب العدة وهذا اولى لان الميراث لا يثبت الا بالعدة بنى على وجه الاحتياط فاذا صارت في حكم المتوفى في باب الميراث ففي باب العدة اولى وجه قول الشافعي ان العدة

قال وان كان لا تحيض بعدتها شهر ونصف هو احد قولي الشافعي وقال في قوله الآخر ثلثة اشهر وفي قول آخر شهران لما روي عن عمر هي انه قال عدة الامة بالشهور نصف عدة الحرة ولو استطعت لجعلت عدتها حيضة ونصفا ولانها عدة تتبعض فكان الرق يؤثر في نصفها كالحد والحيض لا يتبعض ولان الرق انما اثر في تنصيف العدة وجب ان يكون على النصف كالحد وهذا التقسيم فاسد لان عدتها حيضتان وكل شهر قام مقام حيضة فقبل ان يمضي عدتها حيضة ونصف لكنا لم نتبعض الحيض وجعلنا كل شهر بعض حيضة والشهر يتبعض فاما العدة بوضع الحمل فيستوي فيها الحرة والامة لانها لا تتبعض قال واذا مات الرجل عن امرأته الحرة فعدتها اربعة اشهر وعشر وذلك لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا وهذه العدة لاحق لله تعالى فيها تجب سواء كان الزوج صغيرا او كبيرا ممسوحا او عنينا مسلما او ذميا حرا او عبدا مدخولا بها او غير مدخول بها لان الله تعالى اوجبها مطلقة ولم يفصل بين الصغير وغيره واوجبها بموت الزوج والطلاق ذلك يقتضي من كان فيها حيضا ان كانت ممن تحيض عدتها شهران وخمسة ايام لان هذه عدة تتبعض فيجب اعتبارها على النصف من عدة الحرة كالعدة بالشهور قال وان كانت حاملا عدتها ان تضع حملها بعني للتوفى عنها زوجها وقال علي هي عدتها ابعد الاجلين لما قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وهو عام وعن عبد الله بن مسعود هي ان قال من شاء لاعنته ان سورة النساء القصرى بعد قوله اربعة اشهر وعشرا وما روي ان النبي عليه السلام امر سبيعة بنت الحارث حين وضعت بعد وفاة زوجها بايام ان تتزوج وعن عمر هي انه قال لو وضعت وفي بطنها زوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها ان تتزوج وجه ما ذكره علي هي ان وضع الحمل رفع للعلوق بيقين والحرج وجوب العدة بالشهور وضع على وجه العبادة بدليل انه يلزم المتصغيرة والآيسة فجمع بينهما قال واذا وقعت الطلقة في المرض بعد ان صح تولها ان الطلقة في حال المرض قد صارت في حكم المتوفى عنها زوجها في باب الميراث فكذلك في باب العدة وهذا اولى لان الميراث لا يثبت الا بالعدة بنى على وجه الاحتياط فاذا صارت في حكم المتوفى في باب الميراث ففي باب العدة اولى وجه قول الشافعي ان العدة

الداخل فيها كعدة من جنس واحد يسبق احدهما الاخرى فيقع الداخل فيما يمكن فيها ولا يبتدئ ما زاد على مدة العدة الاولى قال فان انقضت العدة من الاداء لم تعمل من الثاني فان عليها تمام عدة الثاني وذلك لما بينا انها تداخلا واختلفت اقراؤه منها فاذا انقضت احدهما انقضت الاخرى لا ترى معنى احتسب به منها قال واما العدة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة روي شذاذ لك عن علي وابن عباس وابن مسعود ولان الفرقة المرجعة للعدة فاذا وجدت وجب ان تعقبها العدة قال فان لم تعقبها بالطلاق والوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها وقال عليه السلام في المتوفى عنها اذا انقضت العدة مرة فقد انقضت العدة يا تيها الخبر ان ان العدة مضى الزمان وذلك موجود وان لم يعلم به ولان انقضاء العدة لا يقف على علمها الا ترى انها لو علمت ولم تحتسب بالحيض انقضت عدتها ولا يقف على فعلها فلا معنى لاعتبار علمها فيه قال والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق بينهما او عزم الواطئ على ترك وطيها وقال زفر هي من آخر ما وطيها وجه قول اصحابنا انها صارت فراشا بالوطء فتعتبر العدة من حين الفرقة كالنكاح الصحيح وجه قول زفر ان المعنى الموجب للعدة في النكاح الفاسد الوطء فاذا وجد تعلق به العدة كالفرقة في النكاح الصحيح الجواب ان كل وطء يوجد في النكاح الفاسد يجري مجرى وطء واحد بدليل انه يستند اليه حكم العدة الم تر ان الفرقة او العزم على ترك وطيها لحكمه متراخيا فكذلك العدة مع جواز وجود ○ وقد قال اصحابنا اذا تاخر حيض المطلقة لعارض او غير عارض بقيت في العدة حتى تحيض او تبلغ حد الاياس وهو قول ابن مسعود وبه قال الشافعي في الجديد وقال في القديم اذا تاخر لغير عارض انتظرت الى ان تعلم براءة رحمها ثم تعتد بالشهور وهو قول عمر لنا انها بالغة رحما منها الحيض فلا تعتد بالشهور كالتي يأخر حيضها لعارض فان قيل التصور من العدة براءة الرحم وقد علمنا ذلك قبل ان يطلقها اذا قال لها اذا ولدت فانت طالق فولدت فعلمنا العدة مع علمنا ببراءة رحمها قال وعلى المتوفى والمتوفى عنها زوجها اذا كانت العدة مسألة الاحداد اما وجوبه على المتوفى عنها فلما روي ان ام حبيبة لما بلغها موت ابي سفيان استطرت فلما فرغت دعت قالت ما لي من طيب

وهذا تحريم بعد ان عمم التحريم ان يقول اني اريد ان اتزوج وهو شعيب فرحبوه في قوله تعالى الا ان يقولوا قولا معروفا اي اني فيك لراغب واني لاحب ان اتزوجك قال ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من منزلها ليلا ولا نهارا وذلك لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة ولان نفقتها تجب على الزوج فلا يجوز لها الخروج كالزوجة قال والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت عن منزلها وذلك لما روي ان فريعة بنت مالك بن سنان اخت ابي سعيد الخدري قتل زوجها فاستأذنت النبي عليه السلام في الانتقال فقال امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله فمضت عدتها ثم ارسل اليها عثمان فسألها عن ذلك فاخبرته فاتبعه وقضى به وروي ان عمر رضي الله عنه رأى رجلا يتبع امرأة له في البقيع فعلاه بالدرة وقال الا منكرا فعليك بيوتكن فالزمن بيوتهن فامرهن ان يجتمعن بالنهار واذا كان الليل فليرجعن كل واحدة الى بيتها قال وعلى المعتدة ان تعتد في المنزل الذي يضاف اليها بالسكنى حال وقوع الفرقة وذلك لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن والبيت المضاف اليها هو الذي تسكنه ولهذا قلنا ان المحارم اذا زارت احداهن وطلقها زوجها كان عليها ان تعود الى منزلها بعد عدته لان المنزل الذي يضاف اليها قال وان كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها واخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت ذلك لان نقل المعتدة في منزل الزوج عباده واخراج الورثة لها عذر والعبادات تؤتى فيها العذر وعلى هذا قال اصحابنا في كل موضع يضطر الى الخروج مثل ان تخاف سقوط منزلها او تخاف على متاعها او يلزم اجره ولا تجد ما تؤديه فلها ان تنتقل لما بيناه واما اذا كان نصيبها من دار الميت يكفيها في السكنى فانها تسكن فيه ولا تنتقل لانها تقدر ان تأتي بالعدة على وجهها فكان لها ان لا تخرج قال ولا يجوز ان يسافر الزوج بالمطلقة الرجعية وبالزوجة لان هذا لا يخلو من احد امرين اما ان يسافر بها قبل ان تنقضي عدتها من الطلقة الرجعية او بعد ما تنقضي عدتها فان سافر بها قبل ان تنقضي عدتها من الطلقة الرجعية فانه لا يخلو اما ان يريد سفرا يقصر فيه الصلاة او سفرا لا تقصر فيه الصلاة فان كان سفرا لا تقصر فيه الصلاة فانه يجوز له ان يسافر بها لان الرجعية في حكم الزوجة ولا يجوز للزوج ان يمنع زوجته من السفر الذي لا تقصر فيه الصلاة وان كان سفرا تقصر فيه الصلاة فانه لا يجوز له ان يسافر بها لان عليها العدة وهي ممنوعة من الخروج من منزلها فلا يجوز ان يسافر بها كما لا يجوز ان يسافر بالمتوفى عنها زوجها وان سافر بها فقد اساء ولا شيء عليه لان الحق لها وقد اسقطته بالسفر معه وان طلقها بعد ما سافر بها فقد اساء ايضا لما بينا ان عليها العدة في منزله وان طلقها قبل ان يدخل بها فعليها مهر كامل لما بينا عند ذكر المتعة وقال الشافعي لها نصف المهر عليها تمام العدة الاولى وبه قال الشافعي في قول وفي قول آخر له يتنصف المهر بينهما بنفس قوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء ولان بضع المرأة لا يتمكن من استيفاء حقه بعد الطلاق من نكاح تام فوجب ان يلزمها كمال العدة كالوطء قبل الطلاق وجه قوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم والجواب ان هذا لا يجب عليها عدة فلا تتعلق بها وهي تجب عدة في نكاح تام فوجب بحكمها قال وبثبت النسب ولا يثبت بالمطلقة الرجعية الى قوله الا ان يدعيه والاصل في هذه المسايل هو ان اقل مدة الحمل ستة اشهر وذلك لما روي ان رجلا تزوج امرأة فجاءت بولد لستة اشهر فهم عثمان برجمها فقال ابن عباس اما انها لو خاصمتكم بكتاب الله تعالى لخصمتكم قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا وقال في الوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين فبقي لاقل مدة الحمل تكون ستة اشهر وانما اكثر مدة الحمل فعندنا سنتان وقال الشافعي اربع سنين لما روي عن عائشة انها قالت لا تحد المرأة على ولد اكثر من سنتين ولدت كعب ولد ابن عجرة لاربع سنين ولان هذا لا يتأتى الا بتوقيف لانه امر مغيب فكان مرويا وقد روي ذلك عن عائشة رضي الله عنها ولانها مدة تدوم لا تقل التي من حال الى حال فلا تجوز بقدر بها باربع سنين كمدة الرضاع فان فعل الزوج في مدة الحمل كفعله في المطلقة والحمله وليس الرجوع الى الشرع فان على الشرع به حكما وقد وجدنا مدة الحمل اربع فوجب الرجوع اليه وهو ان محمد بن عبد الله بن حسين حملت امه اربع سنين وكذلك هرم بن حبان حملت امه اربع سنين وسمي هرما لاحباسه في بطن امه وقد غير ذلك اسمه قبل الوضع ذلك لظهور انتشار كما ظهر بقصار مدة الحمل ستة اشهر فلما لم يشتهر ذلك دل ان الرواية لا تثبت واذا ثبت ما قلناه من ان اكثر مدة الحمل اربع اقلنا كل من ادعى انه كان في بطن امه اكثر من اربع سنين فلا يثبت نسبه اشهر بما لم يؤيد ذلك الى اثبات رجعة بالشك او استحقاق مال بالشك وكل موضع كان الوطء محظورا فانه الحمل يقل



ان السفر رجعة فقد سافر بها بعد ما الا عدة فصار كغير المطلقة قال واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا لم يتزوجها في عدتها وطلقها قبل ان يدخل بها فعليها مهر كامل لما بينا عند ذكر المتعة وقال الشافعي لها نصف المهر عليها تمام العدة الاولى وبه قال الشافعي في قول آخر له يتنصف المهر بينهما بنفس قوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء ولان بضع المرأة لا يتمكن من استيفاء حقه بعد الطلاق من نكاح تام فوجب ان يلزمها كمال العدة كالوطء قبل الطلاق وجه قوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم والجواب ان هذا لا يجب عليها عدة فلا تتعلق بها وهي تجب عدة في نكاح تام فوجب بحكمها قال وبثبت النسب ولا يثبت بالمطلقة الرجعية الى قوله الا ان يدعيه والاصل في هذه المسايل هو ان اقل مدة الحمل ستة اشهر وذلك لما روي ان رجلا تزوج امرأة فجاءت بولد لستة اشهر فهم عثمان برجمها فقال ابن عباس اما انها لو خاصمتكم بكتاب الله تعالى لخصمتكم قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا وقال في الوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين فبقي لاقل مدة الحمل ستة اشهر وانما اكثر مدة الحمل فعندنا سنتان وقال الشافعي اربع سنين لما روي عن عائشة انها قالت لا تحد المرأة على ولد اكثر من سنتين ولدت كعب ولد ابن عجرة لاربع سنين ولان هذا لا يتأتى الا بتوقيف لانه امر مغيب فكان مرويا وقد روي ذلك عن عائشة رضي الله عنها ولانها مدة تدوم لا تقل التي من حال الى حال فلا تجوز بقدر بها باربع سنين كمدة الرضاع فان فعل الزوج في مدة الحمل كفعله في المطلقة والحمله وليس الرجوع الى الشرع فان على الشرع به حكما وقد وجدنا مدة الحمل اربع فوجب الرجوع اليه وهو ان محمد بن عبد الله بن حسين حملت امه اربع سنين وكذلك هرم بن حبان حملت امه اربع سنين وسمي هرما لاحباسه في بطن امه وقد غير ذلك اسمه قبل الوضع ذلك لظهور انتشار كما ظهر بقصار مدة الحمل ستة اشهر فلما لم يشتهر ذلك دل ان الرواية لا تثبت واذا ثبت ما قلناه من ان اكثر مدة الحمل اربع اقلنا كل من ادعى انه كان في بطن امه اكثر من اربع سنين فلا يثبت نسبه اشهر بما لم يؤيد ذلك الى اثبات رجعة بالشك او استحقاق مال بالشك وكل موضع كان الوطء محظورا فانه الحمل يقل

وانما كان كذلك لان الواجب حمل امر المسلم على الصحة والسلام ما امكن فاذا تزوجها فزنت
مدة الحمل يستحب اشهر حتى لا يودي الى فساد نكاحها فان طلقها طلاقا رجعيا ثبت نسب
ولدها ما بينها وبين ستة اشهر لانها مدة الحمل فان لم يقربها في هذا الوضع ستة اشهر
وان كان الوطء مباحا لان النقد بريد ذلك يؤدي الى اثبات الوجه بالشك الا ترى
انا لا نبدل بحكم انه وطئها بعد الطلاق او لاجله بنا الى ذلك فاعتبرنا اكثر مدة الحمل اما
اذا جاءت به لاكثر من ستة اشهر ثبت نسبه وكان رجعته لانه لا بد ان يكون لوطء حادث بعد الطلاق
ووطئه مباح للزوج فلم يجز حمل امره على غير ذلك الامر بخلاف ما اذا وطئها في العدة فصار كما لو
ثبت نسب الولد ومحت الرجعة وان طلقها طلاقا بائنا ثبت نسب ولدها ما بينها وبين سنتين
لان الوطء محظور في الطلاق البائن فوجب حمل امر المسلم على الصحة والسلام ما امكن فقدرنا
مدة الحمل في الطلاق البائن بسنتين لانه اكثر المدة لبقاء الحمل امرها على التفاوت فان جاءت به
لاكثر من سنتين لم يثبت نسبه لانه حمل حادث بعد البينونة فلم يثبت من الزوج واما قوله
الا ان يدعيه فصحيح لانه يجوز ان يكون الزوج وطئها بحال العدة بشبهة فيثبت نسب
الولد اذا ادعاه لما كان له وجه صحيح قال ويثبت نسب الحمل المتوفى عنها زوجها
بين الوفاة وبين سنتين وقال زفر هو كما لو طلقها لان بدء الحمل في هذه العدة وجاءت به لعشرة اشهر
وعشرة ايام لم يثبت وجه قولهم ان المتوفى عنها يجوز ان يكون حاملا فلا يستحق عدتها
بالاشهر فوجب ان لا يحكم بانقضاء عدتها لما لم تقر بذلك اصله العدة من الطلاق
قوله فرزفر ان الاصل عدم الحمل فاذا مضت له بعد اشهر وعشر احكمنا بانقضاء عدتها كما
اقر بذلك فان جاءت بولد بعد ذلك لاقل من ستة اشهر جاز ان يكون لحمل حادث
فلم يثبت نسبه بالشك قال واذا اعترفت العدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لاكثر
من ستة اشهر ثبت نسبه وان جاءت به لستة اشهر لم يثبت وقال الشافعي يثبت
منه الا ان يكون قد تزوجت وبنت من الثاني واتى به لاكثر من اربع سنين لانها
انما امنته فيما اخبرت من انقضاء عدتها والامين محمول قوله على الصحة ما امكن ولان الاخبار
بانقضاء العدة معتبر صحيح من جهتها فوجب العمل به لاحتمال على الصحة حتى امكن حمله على

تنهدا الولاد وذلك لان الولاد امر لا يطلع عليه الرجال فيقبل فيه قول المثنى الذي
وكل ما يقبل فيه قول المثنى المنفرد اذا قامت به شهادة واحدة كالاخبار عن
قوله ولا عدة عليها وهو قول ابي حنيفة رحمه الله
اذا كان يعتقدهم
وهو عند ابي حنيفة
ولا عدة عليها العدة
رسول الله صلى الله عليه وسلم واذا ثبت الولاد بشهادتها ثبت النسب بالفراش قال والكتب
مثله اكمل ستة اشهر وقد بينا ذلك قال واذا طلق الذمي الذمية
قال الشافعي رحمه الله قول ابي حنيفة رحمه الله ان العدة لا تجب لحق الله تعالى او
لحق الزوج ولا يجوز اجابها لحق الله تعالى لان الكفار لا خطاب لهم في احكام الدنيا بالشريعات
ولا يجوز ان يجب لحق الزوج لانه لا يعتقدها حقا له واذا سقط الامران لم تجب لها
وجه قولها انها من اهل دار الاسلام كالمسلمة الجواب ان المسلمة مخاطبة بفروع
الشرع فجاز ان يلزمها العدة والكافرة لا يلزمها فروع الشرع ولا يعتقد الزوج العدة
حقا له فلم تجز ان يلزمها قال ـــ واذا تزوجت الحامل من الزنا جاز النكاح ولا يطأها
حتى تضع حملها وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف وزفر لا يجوز
وجه قولها ان الحامل من الزنا لا يتعلق بحكم الاحترام الوطي فصار كالحيض ولانه
لو منع العقد لكان لحق الزاني والزاني لا يحترم له وجه قول ابي يوسف انها
حامل من الغير فلا يصح العقد عليها كام الولد ولانه على الزاني اذا ملكه فصار كالولد
الثابت النسب واذا ثبت عندي ابي حنيفة ان العقد صحيح لم تجز ان يطأها حتى تضع لقوله عليه
لا يسقين احدكم ماءه زرع غيره ٥ وقد قال اصحابنا ان العدة اذا سقطت سقطت لان
خلقه لم تنقض به العدة وقال الشافعي رحمه الله اذا شهد اربعة من النساء انه حمل وانه لو بقي
لتصور انقضت به العدة لانها انه لم يتبين فيه خلقه آدمي فلم تنقض به العدة كالنطفة
ولان الشاهد الواحد يشاهد ما لا يشاهده غيره ألا ترى ان الشاهد الواحد في الرضاع يقبل قوله فيما
لا يطلع عليه غيره فالظاهر انه لو بقي لتبين فيه خلقه آدمي فلم تنقض به العدة بالشك فان قيل قد ثبت بالشهادة فوجب
ان تنقضي به العدة قيل له الشاهد اذا لم يكن له طريق الى العلم بما يشهد به لا يقبل
شهادته واذا لم تقبل شهادته لم يثبت فلم تنقض به العدة ولو ذكر

صاحب الكتاب اقل ما تنقضي فيه العدة في انقضاء عدتها وقد قال ابو حنيفة رحمه الله لا تنقضي
اذا كانت حرة في اقل من شهر وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تنقضي بثلثة وثلثين يوما وجه
قول ابي حنيفة رحمه ما رواه محمد عنه ان انقضاء العدة بتسعة وثلثين يوما نادر وهي امة
تحيض حيضتين والامة اذا ادعت خلاف الظاهر لا يقبل منه كالوصي اذا ادعى نفقة المال
الكثير في المدة اليسيرة ولانها قد قالت ان العدة لو لم تجب بانقضاء عدتها عشرين سنة
كانت منقضية وذلك خلاف الظاهر فلا تصدق فيها ولكن الاصل بقاء العدة فنحن
نتمسك باليقين ولا نشتغل عنه بالشك واذا ثبت هذا فالظاهر ان مدة ايادا ربطوا وقع
الطلاق في اول الطهر فعند عقيب الطلاق واقل الطهر عشرة عشر يوما ثم يثبت بعد حيض
حيضة ايام ولا يتصور اقل منه ايام ولا عشرة ايام لا زكل واحد منهما نادر فاعتبر الوسط
من ذلك ثم يعتبر بعد ذلك حيضة عشر طهر وحيضة ثم طهر عشر ثم حيضة
حيض فذلك ستون يوما وروي الحسن عنه انه قال الحكم بوقوع الطلاق في اخر الطهر
لان الطلاق السنة ايقاعه في اوله وفي اخره سنة آخر فلا حاجة لي الحكم به في اول
الطهر واذا حكم في اخر الطهر اعتبر اكثر مدة الحيض وهو عشرة ايام لان اقل
اخر الطهر يتصور في الحال فاعتبر اكثر الحيض حتى لا يفوت حق الزوج من كل وجه
فعلى هذا يكون ابتداء العدة عشر حيض وحيضة عشر طهر وعشر حيض وحيضة طهر
وعشرة حيض فذلك ستون يوما وجه قولها ان الامين تحمل قوله على الصحة ما
امكن ولا حمل على الفساد ويجوز ان يكون حاضت اقل الحيض وطهرت اقل الطهر طلقها
في اخر الطهر فيكون ابتداء العدة ثلث حيض وحيضة عشر طهر وثلث حيض وحيضة عشر
طهر وثلثة حيض فذلك تسعة وثلثون يوما واما الامة فقال ابو حنيفة رحمه الله على
ما رواه محمد لا تنقضي الا في اقل من اربعين يوما لانه جعل عقيب المطلاق حيضة عشر
طهر وحيضة حيض وحيضة عشر طهر وحيضة حيض وعلى رواية الحسن عقيب الطلاق
عشرة حيض ثم حيضة عشر طهر ثم عشرة حيض فينقضي العدة بخمسة وثلثين يوما
وعلى قولها تنقضي في احد وعشرين يوما ثلثة حيض وحيضة عشر طهر وثلثة حيض

واما النفساء اذا كانت حرة قال ابو حنيفه على روايه محمد لا تصدق في اقل من خمسه
وثلاثين يوما وذلك لانه لا يعتبر اقل النفاس ولا اكثره ولا ركن واعتبر منها ما دامت
فاعتبر الوسط ولم يكن اعتبار عشرين يوما لانه يكون بعد خمسه عشر طهرا ثم خمسه
حيض فيزيد ذلك الى ان يصل بين دمين في المده الاربعين ومن اصله ان الطهر
لا يفصل بين دمين في الاربعين وان كثر ويلزم الجمع دما واحدا فاعتبر ان يكون الدم
خمسه وعشرين يوما ثم خمسه عشر طهرا لينقطع الدم الاخير بعد الاربعين ثم خمسه حيض
ثم خمسه عشر طهرا ثم خمسه حيض ثم خمسه عشر طهرا ثم خمسه حيض وذلك خمسه وثلاثون
وعلى روايه الحسن لا ينقضي عدتها في اقل من ستين يوما لانه يعتبر اكثر مده النفاس ثم تنتظر
بعد الاربعين عشر حيض ثم خمسه عشر طهرا ثم عشره حيض ثم خمسه عشر طهرا ثم خمسه حيض
واما ابو يوسف فقال لا تصدق في اقل من خمسه وستين يوما لان عنده اقل النفاس
احد عشر يوما ثم تعتبر بعده خمسه عشر طهرا ثم ثلثه حيض ثم خمسه عشر طهرا ثم
ثلثه حيض ثم خمسه عشر طهرا ثم ثلثه حيض واما محمد فقال لا تصدق في اقل من
اربعه وخمسين يوما وساعه لان عنده اقل النفاس ما وجد من الدم فحكمه حكم النفاس
ساعة ثم خمسه عشر طهرا وثلثه حيض وخمسه عشر طهرا وثلثه حيض وخمسه عشر طهرا
وثلثه حيض وذلك اربعه وخمسون يوما وساعه هذا اذا كانت حرة فان كانت امة
فعلى روايه محمد هي ان في حيضه لا تصدق في اقل من خمسه وستين يوما لانه ثلث خمسة
وعشرين نفاسا وخمسه عشر طهرا وخمسه حيض وخمسه عشر طهرا وخمسه حيض وعلى
روايه الحسن ثلث خمسة وعشرين نفاسا وخمسه عشر طهرا ثم عشره حيض ثم خمسه
طهر ثم عشره حيض وذلك خمسه وسبعون يوما وعلى قول ابي يوسف ثلث
احد عشر نفاسا ثم خمسه عشر طهرا ثم ثلثه حيض ثم خمسه عشر طهرا ثم ثلثه حيض وذلك
سبعه واربعون يوما وعلى قول محمد يعتبر ساعة نفاس وخمسه عشر طهرا وثلثه
حيض وخمسه عشر طهرا وثلثه حيض وذلك ستة وثلاثون يوما وساعه واما على
قول الشافعي فلا تصدق الحرة في انقضاء عدتها على اقل من اثنين وثلاثين يوما و

واما على قول الشافعي فلا تصدق الحرة في انقضاء عدتها على اقل من اثنين وثلاثين يوما و
بناء على اصوله وهو ان اقل الطهر عنده يوم وليله والعدة عنده تنقضي بالاطهار فيجعل
الطلاق كانه وقع في اخر الطهر فيكون بعد الطلاق لحظه طهر ثم يوم وليله حيض ثم خمسه عشر
يوما طهر ثم يوم وليله حيض ثم خمسه عشر يوما طهرا ثم يشرع في اول الحيضة الثالثة
فذلك اثنان وثلاثون يوما ولحظتين

## كتاب النفقات

الاصل في وجوب نفقه الزوجه قوله تعالى لينفق ذو سعه من سعته وقال تعالى
وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن وقوله وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن
حملهن وروي ابو جحيفه الوفائي عن عمه قال كنت احدث ابن عباس فاتاه رسول الله صلى الله عليه وسلم
او شبه اياس الشريد او وفد عليه الناس فقال صلى الله عليه وسلم اتقوا الله في النساء فانهن عندكم
عوان لا يملكن لانفسهن شيئا فانما اخذتموهن بامانه الله واستحللتم فروجهن بكلمه الله ولكم
عليهن حق ان لا يوطئن فرشكم احدا غيركم ولا يأذن في بيوتكم لاحد تكرهونه فان خفتم نشوزهن
فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن غير مبرح ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف
قال الاهل قد بلغت قالها ثلثا وهذا الذي ذكرناه يدل على وجوب النفقه والكسوه وقال
تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وهذا ايضا يدل على وجوب السكنى لهن قال رحمه الله
النفقه واجبه للزوجه على زوجها مسلمه كانت او كافره اذا سلمت نفسها في منزله
تعليه نفقتها وكسوتها وسكناها اما وجوب النفقه والكسوه والسكنى فقد دللنا
عليه واما وجوب ذلك للزوجه الكافره فلعموم الايه والاخبار ولان الشبهه اما ان
النفقه تسليم نفسها في بيت الزوج وهذا موجود في الكافره واما قوله اذا سلمت نفسها
في منزله صحيح وتسليمها نفسها شرط في وجوب النفقه ولا خلاف في ذلك وانما الخلاف
في معنى ذلك فقال اصحابنا ان النفقه تجب للزوجه على وجه الصله ولا تجب عوضا
عن شيء وقال الشافعي انها تجب على وجه العوض وهذا لا يصح لانا لا نجد عوضا
عوضا عن البضع او عن الاستمتاع ولا يجوز ان يجب عن البضع عوضا لان المهر كذلك عنه
ولا يجوز ان يجب بحكم عقد واحد عوضان عن مبدل واحد بدليل ان المهر لا يجوز ان يكون عوضا

عن الاستمتاع لان الاستمتاع تقرر فيما ملكه العقد فلا يعد عوضا غير ما وجب بالعقد كما سبق
المانع الاجارة فان قيل لو لم يكن بد لا عن الاستمتاع لم يسقط بتعذره قبله لانه لم لانها
لم تعذر للزوجة المريضة مع تعذره فان قيل لو كانت صلة لم تجب لاجلها قبل القبض
ذوي الارحام فجب على وجه العقلة وان استمتع منها حين قال ويعتبر ذلك فيها فيما
موسرا كان الزوج او معسرا وهذا الذي ذكره قد قصره الخصاف فقال تجب على الزوج الموسر
المرأة الموسرة نفقة اليسار وتجب على المعسر للمرأة المعسرة نفقة الاعسار وتجب على المعسر
للمرأة المعسرة اذا كان الزوج موسرا وهذا يدل على ان من نفقة الموسرات واوسع من نفقة المعسرين وذكر الشيخ ابو الحسن
كما نعتبر حالهما في النفقة نعتبر حالهما في الكسوة وهو قول الشافعي وحكى عن ابي حنيفة
المعسرات والزوج موسر نصفها
معسرة والزوج موسر نصفها
وجه ما ذكره ابو الحسن قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق
نفقتها او موسرة نفقة
مما اتاه الله فاعتبر حال الزوج في اليسار والاعسار الجواب ان الآية تدل على ان ينفق من سعته
الموسرات وان كان
المعسرات تجب عليها
لكن تسقط بعد
والثاني الذي مع العجز وقد قال اصحابنا ان النفقة لا تجب مع الاعسار ان ينفق الا الاقل والزيادة شيء دمته ولا يكون
وقال الذي
ومن قول ابي حنيفة
وعلى المعسر فقد وعلى الموسط مد ونصف لما قوله عليه السلام لهند خذي من مال ابي
يعتبر حال الزوج
ذو يسار له لقوله
لسفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فرد ذلك الى اجتهادها ولو كانت مقدرة ليس تقدارها
وسعته
وايضا فانه سوى بينها وبين نفقة ولدها في الكفاية واجمعنا ان نفقة الولد غير مقدرة
ربعته
لذلك النفقة فان قيل النفقة تجري مجرى المعاوضة بدليل انها تجب في مقابلة التمكين
فوجب ان تقدر كالاجرة والمهر قيل له ليس اذا وجبت عند التسليم كانت بدلا عنه الا ترى
ان نفقة ذوي الارحام تجب عند وجود الفقر وليست عوضا عن الفقر ولان الاجرة
والمهر لا تقدر شرعا وانما تقدر بالتراضي كذلك النفقة لا تقدر شرعا بل تعتبر
بالتراضي او القضاء قال فان امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها

فلها النفقة وذلك لان حبسها نفسها حتى يقبض المهر حق لها والنفقة حق لها والطالب
باحد الحقين لا يسقط لاخر ولانها فعلت ما جعل لها فلو اسقطنا النفقة لاجله اضررنا
بها والضرر يدخل الحاق بالزوج الذي امتنع من اداء حقها قال فان شرطت النفقة
لها حتى تعود الى منزله وذلك لما بينا ان النفقة تجب بشرط التسليم فاذا وجد الامتناع
بسبب من جهتها سقطت النفقة ويدل على ذلك ايضا ما روي ان فاطمة بنت قيس لما
طلقها زوجها اسقط الله على لسانها بلسانها فامرها النبي عليه السلام بالانتقال الى بيت ام مكتوم
تعتد فيه لشر خلقها واسقط نفقتها فان عادت الى منزل الزوج عادت نفقتها لان المعنى
المسقط لها زال قال وان كان صغيرا لا يمنع بها فلا نفقة لها وان خلت بينها
اليه وقال الشافعي في احد قوليه لها النفقة لانها غير ممتنعة من تسليم نفسها في بيت الزوج وانما سلم
وسلم في قوله الآخر اذا حملت مكروهة الى بيت الزوج انها لا تستحق النفقة فان
قيل الصغير معتبر من جهة الله تعالى لا يصح للزوج فيه فلم يمنع صحة التسليم ووجوب
النفقة كالمريض والوثني قيل له المريض سلم نفسها تسليما صحيحا والاستمتاع بها
يكن بغير الجماع والصغير تسليمها غير صحيح والاستمتاع غير موجود سير صحيح ذلك
ان للزوج ان يطالب المريض بتسليم نفسها وليس له ان يطالب بتسليم
الصغيرة قال وان كان الزوج صغيرا لا يشتهى والمرأة كبيرة فلها النفقة
من ماله وقال الشافعي في احد قوليه لا نفقة لها لانها ممنوعة لنفسها وانما العجز
لمعنى في الزوج فلا يسقط نفقتها كما لو كان مجبوبا او عنينا فان قيل اذا دخلت في السن
مع علمها بعجزه عن التسليم في الحال فكان ذلك رضا بترك نفقتها كما قال في هذا يبطل به
اذا زوجته وهي تعلم انه مجبوب قيل له انما سقطت نفقتها لان النفقة نعم الشافعي عليه قال
وان طلق الرجل امرأته فلها النفقة والكسوة في عدتها رجعيا كان الطلاق او بائنا وقال الشافعي
لا تجب للمبتوتة اذا كانت حائلا النفقة ولها السكنى لما روي ذلك ان الطلاقة الرجعية
فلانها زوجة يحل لها وطؤها وهي محبوسة عن الازواج في منزل زوجها فاشبهت من لم يقع
عليها الطلاق واما وجوب النفقة للمبتوتة فلما روي عن عمر انه لما سمع حديث فاطمة

بنت قيس قال الابتداع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لعلها نسيت او شبهت لها سمعت رسول
الله صلى الله عليه يقول لها النفقة والسكنى لانها محبوسة عن الازواج في منزل الزوج فلهذه
فاستحقت النفقة كالرجعية فان فاطمة روى عن فاطمة بنت قيس ان زوجها طلقها ثلاثا وهو
غائب بالشام قال لها النبي عليه السلام ليس لك نفقة وامرها ان تعتد في بيت ابن ام مكتوم قيل له
هذا لانه ضرير العين وكان زوجها اسامة بن زيد ايضا اذا سمعها تروي هذا الحديث رماها بكل شيء في يده فاذا
انكر السلف هذا الخبر لم يرجع اليه وقد روي انها استطالت على احمائها بلسانها فنقلها النبي عليه
السلام وانما سقط نفقتها الخروجها من منزل الزوج بترك ذلك اذا اسقط السكنى ايضا وقد اتفقا على ان
المعنى الذي اوجب سقوط السكنى عند المخالف هو الذي اوجب سقوط النفقة عندنا فان قيل
انها زالت الزوجية زالت النفقة أصله المتوفى عنها قيل له المتوفى عنها لا حق لها النفقة مع
قيام الزوجية فلا يجب مع عدمه وفي مسئلتنا حق لها النفقة اذا كانت حاملا لذلك مع عدم الحمل قال
ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن
اربعة اشهر وعشرا فجعل نفقتها على نفسها وقد اختلف السلف فيها اذا كانت حاملا فقال
بعضهم نفقتها من جميع المال وقال بعضهم لا نفقة لها في مال الزوج والنص يرد على هذا القول
لانه اوجب النفقة للحامل لانفقة لها لذلك الحمل لان النفقة قد تجب حالا فحالا في قول الكل
البيت فلا يجوز الحاقها في ملك الغير قال وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية فلا نفقة
لها وهذا صحيح لانها منعت نفسها من زوجها بمعصية فتسقط نفقتها كالناشزة قال فان
منعت بعض نفسها من زوجها بمعصية فتسقط نفقتها كالناشزة والعلة سقوط بمعصية
من جهتها فتسقط نفقتها كالو ارتدت قبل الطلاق قال وان مكنت بعض نفسها
فلا نفقة لها وهذا لما بينا ان الفرقة من جهات بعضه من جهتها تسقط ○ وقال الحاكم
اذا جاءت الفرقة من جهتها بغير معصية فلها النفقة مثل الفرقة التي تمنع خيار البلوغ لانها
منعت نفسها حقا فلا تسقط نفقتها كالو منعت نفسها لتقبض صداقها قال واذا
حبست المرأة في دين او غصبها رجل فذهب بها او حبست مع محرم لا نفقة لها لانها

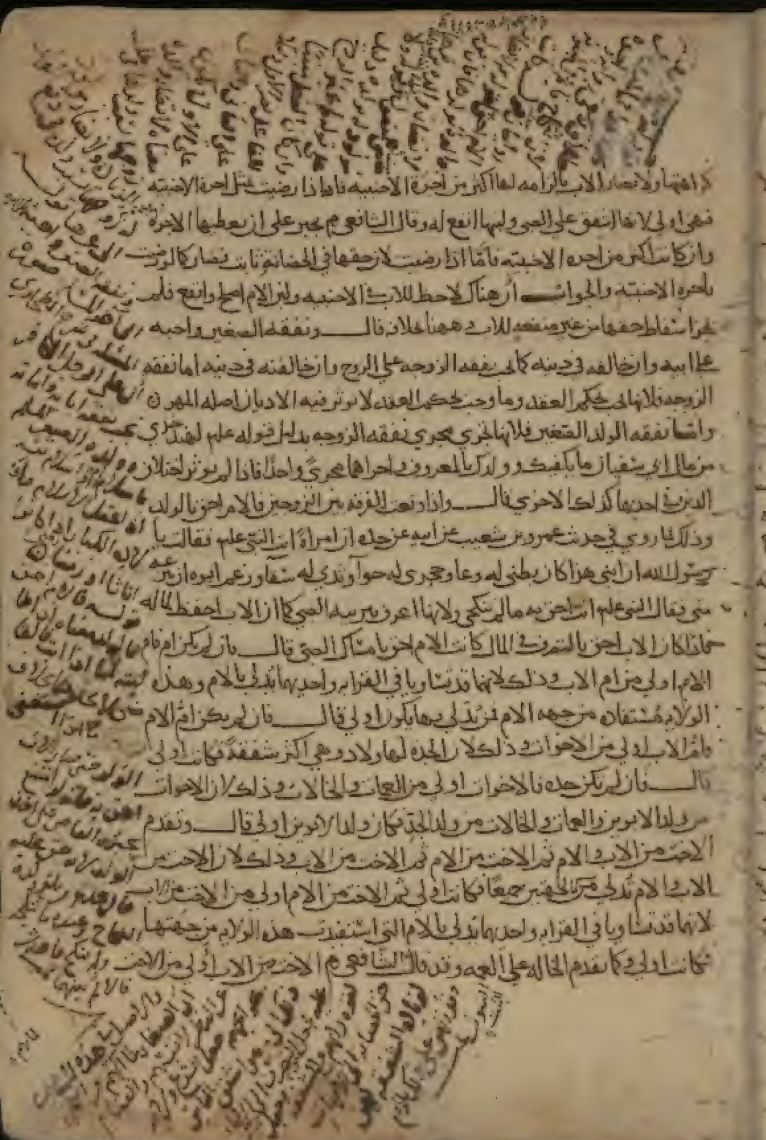
حبسها في الدين وغصبها فهو منع من جهة الاداء للزوج بغير حق فصار كالمنع بفعلها وقد
روي عن ابي يوسف في موضع آخر انه اذا كانت محبوسة قبل ان يقول
ان خاصمته وبين نفسها فلها النفقة لان الامتناع بها والمنع من تسليمها في بيته ليس
من جهتها فلا يسقط حقها وهذا الخلاف الاول واما اذا حجت مع محرم فان كان قبل
النفقة فلا نفقة لها في قولهم لان التسليم امتنع بفعلها فان استقلت الى بيته ثم حجت
مع محرم قال ابو يوسف لها النفقة وقال محمد لا نفقة لها وجه قول ابي يوسف ان
التسليم قد وجد وانما امتنع من الاستمتاع بعد ذلك لاداء عبادة فلا تسقط النفقة كما
ومعاذ وجه قول محمد انها منعته لنفسها بفعلها فصارت كالناشزة لانها اشتغلت
لها النفقة قال ولا نفرض لها نفقة الاقامة لان الزوج لا يلزمه الا نفقة الاقامة وما تحتاج
اليه من زيادة النفقة ناشئ هو لاجل سفر تختص بها فلا يلزم الزوج قال
وان مرضت في منزل الزوج فلها النفقة وذلك لان التسليم قد وجد والمنع من الاستمتاع
حصل بغير فعل الاداء فلا تسقط نفقتها كالو حاضت وقد ذكر ابو يوسف انها اذا كانت
قبل الانتقال اليه مرضا لا يستطيع ان يصل اليها وذلك الانتقال اليه فلها النفقة لانها سلمت
نفسها وهناك عارض منع الاستمتاع فصارت كالحائض قال ويفرض على الزوج اذا كان
تعهد خادمها وذلك لان صلاح طعام الزوجة وما تحتاج اليه على الزوج فاذا جرت العادة
ان لا تتولى الزوجة ذلك بنفسها وان تتولاه خادمها كان على الزوج نفقة الخادم ○ وقد
قالوا ان الزوج الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته وهو ادنى الكفاية
وذلك لان الخادم وان كانت نفقته موسرة فانه لا يتسع في كفاية ذلك قال ولا
يفرض لاكثر من خادم واحد وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا كان
لها خادم فرض لها وجه قوله ان الزوج لو اقام لها خادمها بنفسه لم يلزمه نفقة خادم
فاذا اقام غيره مقام نفسه لم يلزمه ان يقيم اكثر من واحد مثله وجه قول ابي حنيفة
ان المرأة قد تحتاج الى خادمين احدهما تخدمها في منزلها والآخر تردد الى الزوج بطلب النفقة
وشراء ما تحتاج اليه وما زاد على ذلك لا تحتاج اليه فلم تلزم نفقته قال

وعليها ان تكنها في ايام مقره ليس لها الخروج من داره الا ان يخاف ذلك او ان كان لولد من غيرها فليس عليها ان تسكنه معها وذلك لان السكنى حق للزوجه فلا يجوز للزوج ان يشرك غيره معها فيه كالنفقه ولان الواجب على الزوجه الكون مع الزوج ولا يمكنها الكون معه الا في منزله فلا يجوز الزامها ما لا يجب عليها وهذا موجود في ذلك من غيرها فاذا اخاف ذلك جاز لانها بذلت حقها وهي تملك ذلك فجاز قال ولا يجوز للزوج ان يمنع والديها وولدها من غيره ولا من الدخول عليها وذلك لان المنزل الذي فيه الزوجه له فله منع هؤلاء من دخوله كما له منعه من نزوله قال ولا يمنعهم من النظر اليها وكلامها اي وقت اختاروا وذلك لان الزوجه تحتاج الى كلامهم لانها لا تترك قطيعه الرحم وهي منهيه عما يؤدي الى ذلك واذا كانت عند وبه اليه ولم يكن في نعله استطاعه الزوج لم يكن له المنع منه قال ولا يمنعها ان تعود امراته لم يفرق بينهما ويقال لها استدعي عليه وقال الشافعي يفرق بينهما ان طلبت الفرقه وكذلك ان ظلمها قبل الدخول لما قدمناه تعالى ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما آتاها ومن لا يقدر على النفقه لا يكلف الانفاق فان قيل لا تكلف الانفاق واما تكلف الفراق وهو يقدر عليه قيل له لا يجوز ان يكلف الزوجه التحيز عن امر لا يجب عليه ولانها نفقه مقصوده يعقد النكاح فلا تجب الفرقه للعجز عنها كنفقه اليسار والنفقه الماضيه ولان الفرقه لا يجوز ان تجب للنفقه الماضيه لانها دين في الذمه فلا يفرق بينهما لاجلها كسائر الديون ولا يجوز ان يستحق الزوج النفقه المستقبله لانها لم تجب الا بتمكين يستحق الحق لم تجب لا يجوز ان يعوز لنفقه الحال لانها اما ان تكون كالماضيه فلا يستحق المستقبله فان قيل قد تقدم ان الاب اذا امتنع من نفقه ابنه مع القدره حبس فان كان حبسه لما مضى فلا يلزم ان يحبس بديونه ولا يجوز للمستقبل لانه لم تجب نفقه الحال فحكمها قيل له حبس فيه اذا كان يقدر على منع الانفاق مع القدره وهو معصيه يستحق بها الحبس فان قيل قال الله تعالى فامساك بمعروف او تسريح باحسان في احدهما تعيين على الاخر وهو الشرع قيل له نعم الآيه تزلت في المطلقه فامر الله تعالى ان يراجعها وهو ان يراجعها وهي غير ناشزه ليستديم نكاحها ويمنع من مراجعتها وهو لا يرغب فيها ثم يعود فيطلقها فتطول العده عليها وهذا هو المراد بقوله ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا اي تراجعوهن ولا يرغبه لتطول العده وتمنعوهن من الازواج اعتدادا فان قيل ما تعريف منه النكاح فالجواب انه الخ باجوزاره اصله الوطي قيل التقرير في العقد لاشتماله على منع الاباء من الوطي وتعذر النفقه لانع به الاباء من سببها ابدا فان قيل ولم يمنع بتعذر النفقه الفرقه واذا ثبت انه لا يفرق بينهما وجب ان يتوصل الى ايفائها حقها بالاذن لها بالاستدانه عليه فان قيل لا فائده في الاذن لها بعد مرض الناشي النفقه لها لانها تدان في مرضه قبل له فائده الاذن ان يحمل الغرم على الزوج بالدين وان لم يمرض بذلك وسمي استدانه من غير اذن كان المطالبه كما عليها خاصه قال واذا غاب الرجل وله مال في يد رجل يعترف به والزوجه تقر ان القاضي فرض ذلك المال لنفقه زوجه الغايب ولده الصغار ووالده واولاده الكبار الزمني والاناث وقال زفر لا يفرض شيء من ذلك فيه شيء وجه قول اصحابنا ان الذي في يده المال اذا اقر به للغايب بالزوجيه فقد اقر بشغل حق فيه فينفي القاضي ذلك الحق عليه باعتراف نفسه لان كل من ثبت عليه شيء فالظاهر انه لو فيه فيقضي القاضي بالمودع ثم ثبت في حق الغايب من طريق الحكم وانما اعتبرنا اقراره بالمال والزوجيه لان احد الزوجين لا يمكنه اقامه البينه على اباء الاخر المودع ليس بخصم في الزوجيه فلا تسمع البينه عليه وان حضر المال الوديعه لم يمكنها ايضا اقامه البينه على ذلك لانها لست بخصم في اثبات حق غيرها فلم يكن بد من اعتبار اقرارها بالبيع الحكم كما لو باعتراف وجه قول زفر ان المودع ليس بخصم عن الغايب في اثبات النفقه فهي في حق الغايب بمنزله اجنبي عن غير خصم وذلك لا يصح وقد قلنا ان القاضي ينفي النفقه الزوجه في هذا المال قلنا وينفي نفقه اولاده الصغار ونفقه والديه لانها امر تجري نفقه الزوجه بدليل انها تجب مع الفقر كما تجب نفقه الزوجه مع الفقر وهذا الذي ذكره صحيح اذا كانت الوديعه دراهم او دنانير او مكيلا او موزونا فان كان غير ذلك لم يقض منه بشيء لان لا يمكن فيه الحاق النفقه فيه الا بالبيع الا ترى ان النفقه انما تكون في الاقتراض وذلك لا يوجد في العروض الا بعد بيعها وبيع عروض الغايب النفقه لا يجوز ان كانت الوديعه

طعاما تقضي فيها بالنفقة لانها جنس المتجر وان كانت شيئا من جنس ما يكتسى بتلها المراة فيها بالكسوة لانها جنس المتجر ○ وقد قالوا ان القاضي لا يبيع العروض في النفقة في قولهم وذلك لان البيع انما يكون على وجه الجبر والجبر عندنا وضع على الحر البالغ العاقل لا يجوز فلما على قول الكرخي فهم فان القاضي يبيع على الغائب اذا امتنع من الحق الذي عليه الغائب يعلم لا يعلم انتاعه فلا يجوز بيع ماله عليه قال — وبالحاضر منه كفيلا بها وذلك لان القاضي منصوب للاحتياط في امر الغائب ويجوز ان يحضر الغائب فيقيم البينة على ان الذي باعه نفقتها فكان من الاحتياط ان يتوثق القاضي لذلك بالكفالة قال — ولا يقضي بنفقة من ماله غائب الا لها ولا وهذا الذي ذكره صحيح لان نفقة الزوجة تجري مجرى الديون بدليل وجوبها مع الاعسار فتأكدت على سائر النفقات لذلك نفقة الاولاد الصغار لهذا المعنى واما الابوين فقد جعل مال الغائب بحكم المعونة بدليل قوله صلى الله عليه وسلم انت ومالك لابيك فاذا جعل يتزلة لها جاز ان يقضى له منه واما الاولاد الكبار الزمنى والاناث فالولاد موجود فيهم مع عجزهم فصاروا كالاولاد الصغار فاما من سوى هؤلاء من ذوي الارحام فنفقته صلة لم تتأكد حكما فلا تثبت بالقاضي قال — واذا قضى القاضي لها بنفقة الاعسار ثم ايسر فخاصمته ثم لها نفقة الموسر وذلك لانه قضى به بقدر نفقة لم تجب فاذا تغيرت حاله كان لها ان تطالبه تمام حقها لانه لم يسقط قال — واذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك فلا شيء لها الا ان يكون القاضي فرض النفقة او صالحها الزوج على مقدارها فيقضي لها بنفقة ما مضى وقال الشافعي تصير النفقة دينا مضى المدة لانها نفقة وجبت حالا فلا تسقط الا بالاداء او بصير دينا مضى المدة اصله نفقة الاقارب والمسئلة مبنية على ان النفقة لاخذ للزوجة على وجه العوض عن شيء وقد دللنا عليه فيما مضى واذا لم تجب على وجه العوض كانت صلة فلا يستقر وجوبها الا بعينه بتقدم في سبب الوجوب كالهبات فان قيل كلما صار دينا اذا حكم به الحاكم صار دينا وان لم يحكم به اصله الهبات قيل له نقول لموجبه لان النفقة تصير دينا بغير حكم الحاكم اذا التزمها الزوج

وتدرها على نفسه ثم المعنى في المواضع التي اوجبنا النكاح عوضا استقر أثر فيه الطلاق ولو كان النفقة كذلك اثر فيها الطلاق قال — فان مات الزوج بعد ما قضي عليه بالنفقة ومضت شهور سقطت النفقة وكذلك ان مات الزوجة وذلك لما بينا ان طريق النفقة العيلان فالميت لا يعيل وقال الشافعي ان توفي احدهم ان توفي احدهم ان توفي الزوج لانها دين لا يجوز الكفالة به وجنس لا حاله كسائر الديون الجواب — ان الديون تجوز ان تجب بعقد الموت بتقدير اسقاطها في حال الحياة فجاز ان يقاس وجوبها الى ما بعد الموت والنفقة بخلافه قال — وان اعسلها نفقة السنة ثم مات لم يسترجع منها شيئا وقال محمد يسترجع لها بنفقة ما مضى وهو قول الشافعي وجه قوله ان النفقة اذا اتصلت بالقبض لم تبق صلة الزوج بعد الموت اصله الهبة اذا قبضت ثم مات الموهوب له وجه قول محمد انها تقضت ذلك على ان يكون عوضا عما تستحقه على الزوج في المستقبل فاذا بطل الاستحقاق بقي التسوغ بغير حق فوجب رده كالدين والشافعي بنا على اصله انها تجب على وجه العوض كالاجارة وهذا اصل خالف فيه لانها عندنا تجعل عاجلا من المستقبل فلا تستلزم الرجوع فيها وكذلك الاشياء المقبوضة على هذا الخلاف ○ وقد روى ابن رستم عن محمد انها اذا كانت قضت نفقة شهر فمات قبله لم يرجع عليها بشيء وذكر في بعض روايات كتاب هذا الاستحسان والقياس ان يرجع عليها بما انفق وهو قول زفر وجه ذلك هو ان الانفاق انما يقع على ما هو موجود في حكم الكائن ومستحق الرجوع كالدين قال — واذا مرت العدة ولم تنفق عليها بأن ابرته او ابرأته من النفقة فلا شيء لها لان النفقة حق للزوج على وجه العوض عن شيء وقد دللنا عليه فيما مضى واذا لم تجب على وجه العوض كانت صلة فلا يستقر وجوبها الا بعينه بتقدم في سبب الوجوب كالهبات فان قيل كلما صار دينا اذا حكم به الحاكم صار دينا وان لم يحكم به اصله الهبات قيل له نقول لموجبه لان النفقة تصير دينا بغير حكم الحاكم اذا التزمها الزوج

ونفقة الاولاد الصغار على الاب لاشتراكهما فيها لعدم الايثار كما في نفقة الزوجة لقوله تعالى وان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن فالزم الاب اجرة الرضاع مع وجود الام تدل على ان لها ان ترضعها وان الرضاع يشاركها الاب مع الام في نفقة الولد الصغير ولانه يحتاج الى الصغير رضيعا فلين على امه ان ترضعه وهذا الذي ذكره صحيح اذا وجد من يرضعه فان لم يوجد فان الصغير يجبر على رضاعه والاصل في ذلك قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وارضاع اجرة الرضاع على الاب وان الرضاع مؤونة الولد فلا يلزم الام كنفقته بعد الكبر قال ويستاجر له الاب من ترضعه عندها ولا بأس ان ينفق الرضاع على الاب لا يلزم الام الرضاع ولا بد للاب من تحصيل من ترضعه وانما قلنا انها ترضعه عند الام لان الام احق بالولد في هذه الحالة من الاب لقوله تعالى لا تضار والدة بولدها وبكسر الجميع بمعنى لا يضر الام ان ترضعه الا عند الام حتى لا يسقط واجر الخبز قال فان استاجرها وهي زوجته او معتدة لرجعي ولدها الرجعي اما مع بقاء النكاح لانها تستحق النفقة واجرة الرضاع فجرى مجرى النفقة ولا يجوز ان تستخدم في حالة واحدة نفقتان ولان اجرة الرضاع في الحفظ اللغوي وحفظه هو من جملة نظائره البيت ومنفعته البيت تعود الى الزوج حتى لم يجز لها اخذ العوض على منفعة تحصل لها ولهذا لو استاجرها على ارضاع ابنه من غيرها جاز لها الترخص عليها ان تسكنه معها ولم يكن في حفظه منفعة تعود الى من لها فانه متى ما يكون معها في البيت تحفظه تعود الى منفعة البيت اما المبتوتة فقال في احدى الروايتين لا يجوز استيجارها على رضاع ابنها لانها تستحق النفقة والسكنى كالزوجة وقال في الرواية الاخرى يجوز لان النكاح الذي كان بينهما قد زال فهي بمنزلة الاجنبية قال فان ابقضت عدتها فاستاجرها على رضاعه جاز لانها اجنبية منه فصارت كسائر الاجانب قال فان قال الاب لا استاجرها وجاء بغيرها فرضيت لم تستحق اجرة لانها كانت تستحق زيادة لم تخرج الزوج عليها وذلك لقوله تعالى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده قيل في التأويل لا تضار والدة فتلزم الرضاع مع



ذا فهما ولم تضار الاب بالزامه لها اكثر من اجرة الاجنبية فاذا رضيت باجرة الاجنبة فهي اولى لانها اشفق على الصبي ولها ان منع له وقال الشافعي يجبر على ان يعطيها الاجرة وان كانت اكثر من اجرة الاجنبة فاما اذا رضيت لا حق لها في الحضانة تثبت بتضار كالوارث باجرة الاجنبة والجواب ان هنا لا يحط للاب الاجنبة ولان الام اصلح وانفع فلم يجز اسقاط حقها من غير منفعة للاب وههنا خلافه قال ونفقة الصغير واجبة على ابيه وان خالفه في دينه كالحر نفقة الزوجة على الرق وان خالفته في دينه اما نفقة الزوجة فلانها تجب بحكم العقد وما وجب بحكم العقد لا يتغير فيه الاديان واصله المهر واما نفقة الولد الصغير فلانها تجري مجرى نفقة الزوجة بدليل قوله عليه السلام لهند خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك والمعروف واجبها مجرى واحد فاذا اجتمع ولد وتوأمان احدهما كافر كان الاجر في نفقة الزوجين فالام احق بالولد وذلك لما روي في حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان امرأة اتت النبي عليه السلام فقالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء ونعم ابوه ان يأخذه مني فقال النبي عليه السلام انت احق به ما لم تنكحي ولانها اعرف بتربيته الصبي كما ان الاب احفظ للمال فحيث كان الاب احق بالنظر في المال كانت الام احق بامساك الصبي قال فان لم يكن ام فالام اولى من الاب وذلك لانها تدلي بالام والاب يدلي بالاب وهذا الولاء مستفاد من جهة الام فترجح بها كولاء ولي قال فان لم يكن ام الام فالاب اولى من الاخوات وذلك لان الجدة لها ولاد وهي اكثر شفقة فكانت اولى قال فان لم يكن جده فالاخوات اولى من العمات والخالات وذلك لان الاخوات من ولد الابوين والعمات والخالات من ولد الجد فكان ولد الابوين اولى قال وتقدم الاخت من الاب والام ثم الاخت من الام ثم الاخت من الاب وذلك لان الاخت من الاب والام تدلي بمن هو جميعا فكانت اولى ثم الاخت من الام اولى من الاخت من الاب لانها تدلي بالام التي استحقت هذا الولاء من جهتها فكانت اولى كما تقدم الخالة على العمة وقال الشافعي الاخت من الاب اولى من الاخت من الام

من الام لانها تحضانه لا ولادتها فكان ولاؤها بالحضانة اقوى فكان اولى من الاب
الاب الام والاخت من الام قلنا اعتبار قوة الارث بالحضانة لا معنى له لان الاب
اقوى في الارث من الام ولم يكن اولى منها بالحضانة كذلك هذا واختلفت الرواية
في الاخت من الاب والخالة فروى محمد عن ابي حنيفة رحمه الله ان الخالة اولى وهو قول
محمد رحمه الله وجه ذلك ما روي ان ابنة حمزة رضي الله عنه لما اراد علي رضي الله عنه ان
يأخذها اختصم فيها هو وزيد وجعفر فقال علي رضي الله عنه بنت عمي وقال جعفر بنت عمي وخالتها
عندي وقال زيد بنت اخي آخى النبي صلى الله عليه وسلم بيني وبين حمزة يا رسول الله فقضى بها النبي صلى الله عليه وسلم
لخالتها وقال الخالة والدة وروي بشر بن الوليد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة رحمه الله ان الاخت
من الاب اولى وجه ذلك ان الاخت ولد الاب والخالة من ولد الجد وجه الاب
اقوى بيانه اولى وهذه العلة ينبغي ان يقدم بنات الاخوات على الخالات قال رحمه الله
اولى من العمات لانهن ولد الام اولى كام الام وام الاب قال
محمد لكما يقول لان الاخوات ثم العمات ثم لذلك لما ذكرنا في الاخوات وقد قال الحاكم
ان بنات الاخ اولى من العمات والخالات لانهن من ولد الاب بنات الاخت اولى من بنات
الاخ لان الاخ لا حق له في الحضانة والاخت لها حق فترتدلي بها اولى فاما بنات العم وبنات
الخال والخالة والقرابة ليس لهن في الحضانة لانهن رحم بلا محرم والحضانة بنت الذوات
المحارم قال وكل من تزوجت من هؤلاء لا سقط حقها الا الجدة اذا كان زوجها الكبير
وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم للمرأة التي اتته في شأن ولدها انت احق به ما لم تنكحي ولان الصبي
يلحقه حفا ومنزله من زوجها زوج امه وفي ذلك ضرر على الصبي فتسقط حقها لاجل الضرر
ولا شبهة ان الجدة اذا تزوجها الجد لا يلحقها حفا من حيث انه لم يسقط حقها على هذا الاصل
اذا تزوجت بالعم لا يسقط حقها لما ذكرناه قال فان لم يكن للصبي امرأة من اهله ولا
فيه الرجال فان لا هو به اقرب بهم تعصيبا لان ما يتحقق من القرابة بعضو فيه الاقرب
فالاقرب اصله الميراث وولاية النكاح قال والام والجدة احق بالغلام حتى يأكل وحده
ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده والجارية حتى تحيض وذلك لما روي ان عمر رضي

طلق امرأته عاصم فلقيها وتنعها الصبي فنازعها فارتفعا الى ابي بكر رضي الله عنه فقضى ان يخيرها
وقوله احق الا حتى يشب لان الصبي اذا استغنى بنفسه يحتاج الى التأديب والاب اعرف
بالتأديب من الام فكان لخذه اولى ليتمكن من اعادة اخلاق الصبي وترك التأديب فوق كمال
الغلام ان يكون الام فحين بها ما لم يتزوج لانها لا حضانة ولا يد للام فلا ترفع الا الى البالغ
كولاية الاب وانما تركنا الغلام لما ذكرنا والجارية مبنية على اصل القياس وقد
روي هشام عن محمد رحمهما الله الجارية اذا بلغت حد الشهوة فالاب احق بها وذلك لانها صارت
تحتاج الى الحفظ والرجال اكثر غيرة من النساء فكانوا اولى وقال الشافعي رحمه الله ان
الام والجدة احق بالغلام حتى يبلغ سبع سنين ثم يخير فيكون عند من يختار من الابوين
وهذا لا يصح لان الصبي يختار من الابوين من لا يأمره بالتأديب ولا ينكر عليه وفي ذلك الحاق
ضرر به فلم يرجع الى اختياره ولانه اذا لم يبلغ حدا يكتفي بنفسه ففي كونه عند الاب ضرر
عليه لان النساء اقوم بالتربية من الرجال فاذا اختار الاب في هذه الحال لاختياره يضربه فلا
يرجع الى اختياره وكذلك الجارية اذا اختارت بعد البلوغ الام فهي على ذلك ضرر عليها لان الاب
اغير عليها واحفظ لها فلم يقبل قولها فيما يضر بها فان قيل روي عن ابي هريرة رضي الله عنه قال
كنت عند النبي صلى الله عليه وسلم اذ جاءه امرأة فقالت يا رسول الله ان زوجي يريد ان يذهب بابني وانه
قد نفعني وسقاني من بئر اي عنبة فقال النبي صلى الله عليه وسلم استهما عليه فقال الرجل من يحاقني في ولدي
فقال النبي صلى الله عليه وسلم هذا ابوك وهذه امك فخذ بيد ايهما شئت فاخذ بيد امه فانطلقت به قيل له هذه
قصة في عين فحمل ان يكون بالغا وهو الظاهر لانها قالت ينفعني وسقاني من بئر عنبة وقد
قيل ان هذه البئر لا تبقى سنة الا البالغ قال ومن حق الغلام والجارية ان يخير الجارية حتى
تبلغ حدا تستغني فيه عن الخدمة وذلك لان ولاية الحضانة تستفاد بالولاية فمن لا ولاية له لا ولاية له
ثبت له الحضانة لحاجة الصبي اليه فاذا بلغ الصبي وصيته الى هذه الحال فقد استغنى عنه
واحتاج الى الحفظ فكان الرجال احق بها قال والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد
اذا اعتقت فالولد كالحرة وليس للام وام الولد قبل العتق حق في الولد وانما كان
كان كذلك لان الحضانة ضرب من الولاية ولا حق للاماء في الولاية فاما اذا اعتقها

ولم يبينه او يستثني في قيمته قال مدبر او ذكر في خط انه يستثني في قيمته مدبرا وذكر
مجرم في كتاب المحاضر او ذكر التسمية ثم مات يستثني الغلام في قيمته مدبرا وليس عليه سعاية
بقضاء التدبير كالمحلل او اوتر ومات وعليه دين بخط واضطرب فيه المدبر فقبل ما
يستخدم مدة عمره وقبل يوم فاز المنافع التي مضت للمدبر والباقي للورثة ولو قبل بعض
قيمته لو كان قنا وقبل قيمته قال وقد اكد مدبر عليه اجماع العحابة رضي الله عنهم
فيسترق الى قيمته كالموصى والحربي قال ما على التدبير يمين على صفة مثل ان يقول
ان مت من مرضي هذا او سفري هذا فانت مدبر وظهر بعده لان بعض الخوف لم يتحقق
في الحال لتردد هذا القيد بين ان لا يموت منه فصار كما لو قال ان مت فانت حر
لان تعليق عتقه بطلوع الوقت وهو كائن لا محالة قال ما زمان المرض على الصفة التي ذكرها
عتق كما يعتق المدبر بمضاه من الثلث لما مر ومن المشيد ان يقول ان مت في سنة او عشر سنين او
قال اي ما يمر سنة وشغله لا يعيش اليها في العالب هو مدبر مطلق لانه كالمبرم لا محالة حتى ان
مات في اي سنة ما مضى عتق مهما مضى وظهر بعده ولو قال انت مدبر على الذي دبرتك قبل فهو مدبر
وشغله المال بطل ان مت من مرضي هذا فهو حر فقبل لا يعتق خلافا لمالك لو قال في مرضي ولو قال
ان مت من مرضي هذا فكي تحول صداعا الى علته قال محمد هو مدبر بقيد الا يبطل ولو قال ان حر بعد موتي
حر يوم اموت فان نوى النهار خاصة فهو مدبر بقيد الا يبطل ولو قال ان حر بعد موتي بسنة
فلان او قال بعد موت فلان وهو لا يصير مدبرا في الحال فان مات فلان اولا وهو في ملكه صار مدبرا
مطلقا وان مات هو اولا فلا ولو ورثه بعده ولو قال اذا اكلت غلاما فهو حر بعد موتي فاكلهم
صار مدبرا ولو قال ان حر بعد موتي بيوم او بشهر فليس بمدبر ما لم يمض ذلك الوقت حتى لا يعتق بعد
موت المولى في مضي اليوم ما لم يعتقه الوصي قصي في اختاقه بعتقه الوصي او الورثة قد
ولو قال اعتقوه دبرت او عتسلت وكفنت فانت حر فليس بمدبر فان مات وجدا الشرط قال
ابو حنيفة هم اخيرا ان يعتق من الثلث وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يعتق وكذا اذا قال اذا مت فاعتقوه
الدارهم وجد الشرط لم يعتق وذكر العدد اكد الموت ومع هذا شرط حكم ولو قال ان حر قبل موتي
بشهر فليس بمدبر وان مات يعتق بعد موته وظهر بعده اما عندهما في جميع ذلك ظاهر لان



الموت في وقت وهو شهر قبل موته وانه لا يمنع البيع وعندهما البيع يبطل التدبير
بعده وان مضى شهر قبل موته بعده لانه صار مدبرا مطلقا واكثر المشايخ على ان قولهما
وقول ابي حنيفة هم اذا مات المولى بعد شهر من حينئذ وهو في صحته عتق الى ثلث المال وقيمة
ما لا يخرج من ثلثه فيه فان كان محيطا في ذلك الوقت يعتق من جميع المال والا من ثلثه
وسعاها من مات له خير ما له غير مستند وعند الشافعي هو حر بعد الشهر ان مضى شهر بعد الهين عتق في
الحال ولو صار المولى في قبل مضي الشهر كما يعتق بالاجماع وكذا على هذا الخلاف لو قال ان حر
في آخر جزء من اجزاء حياتي او بعد موتي بيوم او بشهر لا يعتق ما لم يمض ذلك الوقت ثم حتى لا يبطل لو
ابو حنيفة رحمه الله عتق ثم جزء من مخنوما ما قال ولو دبر واحدا الشريكين نصيب صاحبه
حتى صار كله مدبرا في الموسر رابع في العسرة على ما مر في العتاق

## باب الاستيلاد

قال استولد جاريته فادعى ولدها فصدقته ثبت نسبه منه وصارت امولد له لا يجوز بيعها ولا تمليكها ولا تجارتها لقوله عليه السلام اعتقها ولدها ولانه
جزء منها فما ضمنت بعض ولدها ضمن جزءها وهو حرية التمليك قال الخبز يحصلت بين الواطي
والمولى فاختلفا ما لها اضافها تعذر القسمة وانه يبيع للملك ويدفع الثمن اليه وقعت
الاشارة في قول محمد حتى اشترى عبد الله بن وارث له من رجل قد استغلت
فاخبر محمد بذلك وقال بعد ما خلطت لحومها بلحوم رماد كما يرى ذلك الذكاء
ضمنها ان كانا لا ان الاستيلاد لا يجري لا يدفع المستحق في عتيق اصله قال
وله وطيها واستخدامها ونزوعها لقيام الملك سببها ما شبهت لمدبره قال ولا يثبت نسب
ولدها الا ان يعترف به وقال الشافعي لم يثبت نسبه منه وان مع لانه ثبت بجرد
عقد النكاح فلا يثبت الوطي في ملك اليمين اولي لنا ان وطي الامة يتصدد به تقصا
الخدمة دون الولد حتى لا يثبت به ما دونه خلاف النكاح لان الولد يقصد منه فلا حاجة
الى الدعوة قال فان جاءت بعد ذلك بولد ثبت نسبه منه بغير دعوة معناه بعد
اعتراف انه بالولد لان الولد لا يعرف بعين الولد مقصودا فصارت مقرا شاكا للملك
قال فان نفاه انتفى بنفيه لان نفيه اثبت حقيقي وهذا الملك انما ثبت له في ضمن مالية
وهذا في الحكم فلما ادعى انه ولده فقد اقر بالملك وهو منها ولم يرجع عنها ولانه ان عترف
به ويدعي لان الظاهر ان الولد ضمه وان عزا عنها وهي بحشتها جاز له النفي كما روي

عن ابي حنيفة رح وفيه رواية عن ابي يوسف رحمهم في تجويز الذروي رح وهذه
الجارية من مولاها وان لم يدع وطئها لانه لا يصح اعتاقها لجواز تدبيره رح
بهذا النوع دعوى المولى ليس شرطا لصيرورتها ام ولده في حق الحبر وانما يظهر
ظهورا يقضى عليه وهكذا في مسئلة دعوى وطء في الجارية اذا ولدت ولدا
فعلقت فولدت صارت ام ولد له حال لانها تصدقه وحمد الله وانما نقول في الكتاب
انه في الاحكام الظاهر في حق القضاء اما فيما بينه وبين الله لا يشترط ذلك في وجوب
وعتق الولد بل يكون بمنزلة المكاتب يعتق الجارية حقا لوجوب تدبيره ولو ادعت
ولدت وشبهت وملكت تعود ام ولد له قال فان ترقجها فجاءت بولد لاقل
من ستة اشهر من يوم تزوجها يستسعى في الولد كالحر وهو القديم والنسب يثبت من الزوج
وان كان النكاح فاسدا لانه امكنه بالصحيح في بعض الاحكام ولو ادعاه المولى
لا يثبت نسبه لانه ثابت النسب من غيره ويعتق الولد وتصير امه ام ولد له لاقراره
قال وان مات المولى عتقت جميع المال لانها استسعاء لتعذر ما كان على المولى
دين لحديث سعيد بن المسيب ان قضى عليها امر بعتق اجهاض الاولاد وان لا يبعن ديون
ولا يجعلن من الثلث وروى رح لا يعتبر وكان الخاجة الى الولد اصلية مقدم
على حق الورثة والديون كالتكفين بخلاف القديم لانه قضى به عامة موالي ام الولد الخاجة
بطلع ابن سماعة عن محمد رح مات مولى ام الولد وله اجناس وعروض ليس لها مدبر
الا اني استحسن ان اترك لها خادما وثيابا متعبة فاما الدور والثياب
وغيرها فحصص واذا اسلم ولد النصراني تسعى في قيمتها فتعتق كالمكاتب
وقال زفر ان اختار ولا هما الاسلام عتقت حال قال واذا وطئ الرجل امة
غيره بنكاح فولدت منه ثم ملكها صارت ام ولد له وقال ان تزوج لا يتصور لو اشترى
ابو ولدها ملكها يجوز اشتحقت ثم ملكها لا يتزوج فيه فوكان له انها علقت من زوجها
ولا يستحق امومية الولد كما اذا علمت من الولي ولنا ان النسب له بيقين الجزء
والجزء اما ثبت بنسبه ثبت الولد الواحد الى كل واحد منهما حالا وفي تلك الحالة
ثبتت الجزئية بهذه الواسطة بخلاف الولي لانه لا نسب له فلا ولاء الى الزاني

والما يثبت ولد الزاني عليه لانه جزؤه حقيقة كغيره واشطه الاتري ان من اشترى اخاه من
لا يعتق عليه لانه لا نسب اليه بواسطته نسبته الى الولد يعتق لو ملك الدعامة
عتق عليه لولده عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ولو ملك ولدها من
غير الزنى ولد بعده حلالا لزوم قال واذا وطئ الابن جارية امه حلت له
فاولدها من نسبة وصارت ام ولد له وعليه قيمتها وليس عليه عقرها لانه ولدها
وانما يثبت النسب لانه من ملكه في حال لان ولده عليه السلام انت ومالك لابيك وادنى
درجاته الاصافة حال الابن الى الحال فادعاها شبهه الملك وشبهه في حق ثبوت النسب
واما الاستيلاد فهو مدعى خلافا لابي يوسف رح والنافي يحتج قوله لان دعوة الولي
في جاريه كتابه اقوى ودعوة الاب ذلك لا يتدرج الاستيلاد فهذا اولى لنا ان الاب
يحتاج الى ملك المال ليثبت نسب لانه يمكنه الشارع منه تعزيره اياه لتقدر طعامه
وكسوته لشبهة الملك له فيه فلان يوجب الملك كان لا شبهة له كوكسبه واما شبهة
الملك في قيمته واما جيء عليها فهي لان الخاجة الى ثبوت الملك لا الى التبوع فيثبت الملك
بعوض نظرا للجانبين وهذا امتنان ملكه فلا يختار به الا يسار والاعسار واما لم يلزمه
غيرها خلافا للشافعي رح كاحد الشريكين ولنا ان الملك يستبق الولي بطريق الاستيلاد
نظرا للابن بلا وجه لان العقر لا يتضح جزء تبعا والبضع جزء فيدخل ضمان الجزء في الاصل
خلال قيمة الجارية المشتركة واما في بعض قيمة الولد لانه تعلق جزء الاصل لما مر قال واذا
وطئ الابن جارية ابيه فاولدها ثم مات الاب صارت ام ولد له لان ثبوت النسب ثابت
من الاب بعد موته كالابن بعد موت الاب وظهور حاجته وكغير الابن وقد كونه لانه
ناظم للولاء قال واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه
منه لانه لما ثبت نسبه في نصفه لمصادفته ملكه ثبت الكل لانه لا يتجزأ كالاسباب التي
لا يتجزأ قال فصارت ام ولده لانه اما ان يكون موسرا او معسرا فان كان موسرا
واما عند فلان يصير نصفها ام ولد له ثم تملك نصيب صاحبه فتصير ام ولد له قال وعليه
نصف قيمتها لانه تملك عليه نصفه ونصف عقرها لانه وطئها وهو صادق في دعوته وملك شركه
فيجب العقر بقدره وقد مت الملك في نصيب شريكه حكما للاستيلاد فلا يمنع العقر كما لو
اذا استولد جارية ابنه لان الملك قد ثبت بشرط الاستيلاد وهو موجود عليه صادق

وطئها ملك نصفه قال ولا شيء عليه من قيمة ولدها لانه ملك بعضه بكله
فتسقط الى وقت الوطء فملك الولد في ملكه قال وان ادعياه جميعا فما ثبت نسبه
منهما وكانا اخوين لام ولدهما على كل واحد منهما نصف قيمتها لانه على الاخر بقدر
اذا خصلت في ملكها انما اثبت نسبه هنا وقال الشافعي رح يرجع الى قول القائف لان ولد
الملوكة الملتبس يعتبر النسبة منها فجعلنا بالنسبة ولنا كتاب عمر رض في
هذه الحادثة لشبهة ملتبس عليها ولو عينا لبين لهما ما عينا مرتها ومرتانه ومن الناس منها
وكان ذلك بمحضر من الصحابة رض وعن علي رض مثله وعن عمر رض لما سال القائف فقال ادخلها
ضربا ولانها استولدها في طهر لا صحتان ويستويان فيه حتى لو وجد المرجح لا يتبع
بان كان احدهما ابن الامرأة كان مسلما والاخر ذميا ثبت نسب المرجح لما
ثبت نسبه منها صارت ام ولدهما يسعى عقرها قصاصا لو جنت بان ولد شبه
من واحد الا ان المدعي حال ان الوطء حرام معتبرا لدعوة قال ويرث الابوين وكل
واحد منهما ميراث ابن كامل لانه ابن لهما كله وولد حجة في حقه قال ويرث
منه ميراث ابن واحد لاستوائهما في الدعوى والملك لو اقاما البينة وكان النقد
في الابتداء فلان ولاء وطء فاذا اقام احدهما عتقت لاقرار الشريك في تركته بالا
تناقض ولا سعاية عليها في نصيب شريكه عندهما ويسعى عندهما ولد احدهما ان
عتقت لا ضمان عليه ولا سعاية عليها وقال لا يضمن نصف قيمتها ام ولد الشريك ان كان
موسرا وان كان معسرا سعت ذلك كله ويسعى ام الولد نصف قيمتها بينهما
وقيل هكذا تستخدم مدة عمرها قال استاذنا رحمه الله ظن بعض الناس ان هذا
بالاجماع دليل على ان الاعتاق لا يتجزى عندهما وقد كشفنا الستر عنه في
كتاب الاعتاق يتجزى عندهم لكن العتق لا يتجزى فيسري الى نصيب شريكه
وانما اهدر العتق هنا اذا اعتق بعض الغرر نظرا للمشاكسة لئلا يصل الى عدم الضمان او
السعاية فصل وطء الملكة وكذلك هي كالمدبرة لا يجب الضمان ولا السعاية عندهما
خلافا لابي يوسف رح فان العتق هنا يحتمل الحال سعت ولو كان ولدها اعتق بعضها
عتق كلها عندهم لما مر وشطر عنها بدل الكتابة ولو قال احد الشريكين ان كان
ما بطنها غلاما فهو حر ان كان جارية فلبشر حر وعكسه للاخر فجاءت















ولد

ثم اذا مات غير ورثة فهو للولد الباقي لانه مكاتب تبعا لهم ورثه ولد المولى بعلة عتق شرط الشعابة لانه في حكم امه ولو كان لم يسلم ولو حاز لتجدد العتق وعين وبسقط البدل عنه الشهود ويسلم لها الاولاد والاكتساب قال واذا كاتب عبدا مرتهنا جاز لانه استحقاق فلا يتوقف به من وجه لا يمنع استحقاقا تاما فصح كتعليق العتق بما لو قتل ثم باشتراط الخيار قال فان مات المولى لا مال له بطل الخيار بين ان يسعى في ثلثي قيمتها او جميع مال الكتابة وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد في الاول من ثلثي القيمة وفي الثاني بدل الكتابة هذا قول عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم لهما ان الكتابة عقد معاوضة فلا يحتمل الفسخ بموت احد العاقدين كالبيع ولابي حنيفة ان الكتابة عقد تبرع في حق المولى لانه اسقاط الملك في الحال وتمليك في المآل ولهذا لا يجوز بالغبن الفاحش والتبرع يبطل بالموت كالوصية بخلاف البيع لان الملك فيه يثبت للمشتري في الحال ولهذا يجوز بالغبن الفاحش وبخلاف الاجارة لان المنافع تحدث على ملك المستأجر شيئا فشيئا فلا يبطل بموت المؤجر ولان الكتابة تحتمل الفسخ بالتراضي فكذا بالموت بخلاف البيع والاجارة ولان الكتابة تحتمل التعليق بالشرط فكذا التنجيز بخلاف البيع والاجارة ولان الكتابة تحتمل التعليق بالشرط فكذا التنجيز بخلاف البيع والاجارة ولان الكتابة تحتمل التعليق بالشرط فكذا التنجيز بخلاف البيع والاجارة

## كتاب الولاء

الولاء نوعان ولاء عتاقة وسببه العتق على ملك مؤكد وولاء موالاة وسببه العقد والاصل فيها التناصر وقد قدمنا النبي صلى الله عليه وسلم خاصا للعرب بها فقال وان من الناس من هم حلفاء مع فالمراد بالحلفاء الموالي لانهم كانوا يوكدون بالحلف الاول الذي قد الصنيع بعد فقال اذا اعتق المولى عبدا فكسب مولاه لان الغرم بالغنم قال وكذا اذا اعتق ولدا ولد في ملكه لان الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث وانما يثبت للمعتق وعصبته من بعده الذكور من الرجال دون النساء لقوله عليه السلام انما الولاء لمن اعتق وقال الشافعي رحمه الله يرث النساء ايضا لانه حق ثبت بسبب النعمة فيستوي فيه الرجال والنساء كالنكاح ولنا ان الولاء في معنى النسب حتى لا يزول بالاعتاق ولا بالبيع ولا يقبل النقل بالهبة والتسليم والنساء لا يرثن بالنسب الا في مواضع مخصوصة استثناها الشرع بالنص وهذا ليس منها وقال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب وقال عليه السلام الولاء لمن اعتق وقال عليه السلام الولاء لمن اعتق وقال عليه السلام الولاء لمن اعتق

ولو زوج امة من عبده فولد منه قال وان كاتب عبده جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله والشافعي لان العتق لم يحصل عند الكتابة على ما بينا قال فان ادى عتق الولد تبعا لابيه لان الولد ليس من اهل الولاء قال وان ادى بعض المكاتب لا يعتق ولده لان الولد صار من اهله كسائر الاحرار ولهذا لو جنى على المكاتب لهم فصار كما لو ولدت قادي المولى لان امية المكاتبة لا يصح الاستيلاد لها بخلاف ما لو ولدت قبل ان يسعى في شيء لان الكتابة لا تصح كدعوة ولا يثبت النسب لانعدام الملك ابتداء وان صدقه ثبت النسب وكان الولد عبدا على حاله وكذا لو اشتري ولدا من المولى او ادعى المولى نسبه ثبت النسب لان الولد ملحق بالاب

وكذا اذا ادعى عتقه وشراءه وعتقه بعد موته لان الرسى كفعله والمرء
على فعله قال وان جاء المولى بعتق ولاءه واجهاض ولاء ولد كان لهم له ما مر في العتاق
قال واذا تزوج عبد رجل امة لاخر فاعتق مولى الامة الامة وهي حامل بعبد عتق وعتق
ولدها وولاؤه الى المولى الام ولا يعقل عنه ابدا لانه عتق على ملك الغير فصار
حبيب بن اسفل عنه ابدا لما مر وانما وكذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت دخول الاب
الولد على الام لانه عتق تبعا للام لاتصاله بها وهي معتقة وكذا اهله للاب الرسى عتقهم
لانه حمل ظاهر لم يتيقن بقيامه وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا قال فان عتق الاب خير
عنده واعتق عن ابي الام الى مولى الاب لثبوت اهليته الاب وثبوت الولاء لها بتعاقل الاب
له هذا لان الولاء لمن اعتق فيعتبر اهلية المعتق يوم الاعتاق وكذا المكاتب اذا عتق
ولم يكن له مال فاعتق الاب ثم ادى عتق الولد لان الكتابة كانت عقدا لازما
في حق المكاتب لا في حق المولى حتى لا يملك فسخها بعد ما ادى فصار كما لو اعتق
الولد الاب عنه بخلاف ما اذا اعتق الجد ثم مات الاب لان الجد لا يصلح عاقلا
لانه يستند الى حال العلوق قال ومن تزوج امة بغير اذن مولاها فولدت ولدا
ولدها اياها عند ابي حنيفة وهو قول عمر وقال ابو يوسف هم احرار بالقيمة
ما لم يكن ادى اكثر جاء ولدها ادى كتابة قوي معتبر في حق الاحكام حتى
من الكفاءة عنده والنسب حتى لو كان ضعيفا فانهم ضيعوا انسابهم حتى لم تعتبر الكفاءة فيما
بينهم بالنسب القوي الا بما رس الضعيف فلان ما اذا كان زوجها لان النسب بالعرب يثبت
منه من غير حاجة الى الكفاءة لما ان تمام رضاهم بها فانعدم الدلالة والخلاف في مطلق العقد
والوضع في جميعه لعرف تم اتفاقا وعلى هذا الخلاف اذا كان للاب آذا مولاة
اضعف من الآفاقية ولو كانا معتقين للسيد الى اب قال العتاقة نصيب



وفي بعض النسخ نعصب عليه السلام ولو آخمه كلهم النسب وهو صاحب ينفرد
على ذوي الارحام قال وان كان للعتق عصبة من النسب كابن او ابي عتق
العصبات لقوله عليه السلام فيما رويناه من الحديث ما لم تول وانما كانت عصبته
ولاء النسب لانه قوي من النسب قال فان لم يكن عصبة من النسب فعتقه
معتاد وان لم يكن له عصبة من النسب كان ما لعتيقه لمولاه وهو ما روي عن
المولى ثم ما ترك العتيق يعود الى بيت المولى دون جماعة المسلمين لقوله
واعتق اذا كان ذكرا بيد كاتبه بها تين بعد اللتيا وذلك حين يشغر الصبي قال فلو ترك
المولى اما وولد ابن اخ فميراثه للابن دون ابن الابن والولاء للعصبة كذا روي عن عمر
وعلي ابن مسعود وزيد بن ثابت ابي بن كعب وابي مسعود الانصاري واسامة
بن زيد رضي الله عنهم قال وان سلم رجل على يد رجل وآخاه على ان يرثه ويعقل
عنه واسلم على يد غيره وآخاه صح وآخاه على ان يرثه ويعقل عنه واسلم على يد غيره وآخاه
لم يصح وقتله على مولاه وان جاء اولاد الاول
لم يصح ميراثه المولى قال الشافعي لم المولاة ليست شيئا لان نسبها ابطال حق قال وكذا الوصية
بجميع المال لهذا ولنا قوله تعالى والذين عاقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم قوله عليه
وعقل عليه السلام عن رجل اسلم على يد آخر والاه فقتل هو احق الناس بميراثه وديته
وفيه اشارة الى العقل والارث بها بين الحالين والارث لا يكون مكان احق بوجه الى جهة
ما لنص سبق والولاء انما تصح الموالاة بشرائط احدها ان يكون المولى من غير العرب لان
تناصر العرب بالقبائل قوي العاني ان يكون عصبا لان كان العصبة قوي والعاقلة ان يكون
عقل عنه حتى لو لم يكن ذلك وقد اجاب او شرط العقل والارث فالمولى ان يعقل ولا يرث
الخيار ما ينقل عنه لان عقل الاب كالنسب حتى تحمله العقل عنه ولهذا لا يعقل عنه
حتى يفرض العقل لان الوكيل بالعقل اذا اعتقه مع غيره يغرم الاول حصته
لانه صح جلبي قال واذا اعتق عنه لم يكن له ان يتحول ولا بد ان يتحول قال
وكذا لا يتحول لانه وكما اذا اعتق من لم يكن لطفل لحديثنا ان يتحول قال
وليس لمولى العتاقة ان يوالي احدا لانه لا ولاء والله تعالى اعلم بالصواب

والبه المرجع والمآب

# كتاب الجنايات

الجناية عبارة عن فعل ما ليس للانسان فعله ولكنه بالشرع والعرف اختص
بالافعال المحظورة التي تتضمن ضررا على النفس او المال او غيرهما
وان كان في الجناية معنى الكسب فان الكسب يختص بما يجر نفعا
وان في الجناية معنى الكسب فان الكسب يختص بما يجر نفعا
وجمع الجناية جنايات وجمع الجنى جنى
والجناية على النفس تنقسم الى قتل وقطع وجرح
والجناية على المال تنقسم الى اتلاف وغصب
والاتلاف يكون بالمباشرة وبالتسبب
والغصب يكون بالاستيلاء على مال الغير
والجناية على النفس اعظم الجنايات
والقتل اعظم انواع الجناية على النفس
والقتل على اربعة اوجه عمد وشبه عمد
وخطأ وما جرى مجرى الخطأ والقتل بسبب
فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح
او ما جرى مجرى السلاح في تفريق الاجزاء كالمحدد من الخشب والحجر والنار
وشبه العمد ان يتعمد الضرب بما لا يقتل غالبا كالسوط والعصا الصغيرة
والخطأ على وجهين احدهما ان يقصد غير الشخص الذي اصابه
والثاني ان يقصد عين الشخص الذي اصابه
وما جرى مجرى الخطأ على وجهين احدهما ان يرمي غرضا فيصيب انسانا
والثاني ان ينقلب النائم على انسان فيقتله
والقتل بسبب كالمكره على القتل
والاصل في هذه الجملة ما روي عن النبي عليه السلام انه قال ان اعتى الناس على الله تعالى ثلاثة رجل قتل غير قاتله
او ضرب من لا يضرب
ورجل قتل في الحرم
ورجل قتل بذحل الجاهلية
وروي ان ابن عم ابن ملجم قتل رجلا بذحل الجاهلية فقال عليه السلام لا ترحم محاسنه قبح الله
الارض ثم دفن فلفظته الارض ثم دفن فلفظته الارض فقال عليه السلام انها لتطيق على من هو شر منه ولكن اراد ان يبين لكم حرمة الدم
قال اصحابنا ان هذا معنى محرم بالعمد انما ورد الشرع بتأكيد ما
دل عليه العقل
واما تعلق القود فلقوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد
جعلنا لوليه سلطانا والسلطان في هذا الموضع القتل بدليل قوله تعالى فلا يسرف
في القتل
وقال عليه السلام العمد قود يعني حكم العمد حكم القود
والاختلاف في هذه الجملة
بيناه
واختلفوا في تعلق وجوب المال بالعمد فقال اصحابنا موجب قتل العمد
القود لا غير
وبه قال الشافعي في القديم والدليل عليه قوله عليه السلام
موجب القتل اما القود واما الدية والخيرة في ذلك الى الولي
وفي القول الآخر موجبه

الدية لا ان له ان يعفو الى الدية بغير رضا القاتل
والدليل عليه قوله عليه السلام من قتل له قتيل فهو بخير النظرين
اما ان يفدي واما ان يقتل
وهذا يقتضي ان يكون الخيار في جميع ذلك للمتعلق به
هو القود
وقد صار حكم الجناية للمتعلق
والجناية على النفس لا تتعلق بها الا احد شيئين لا ثالث لهما
واحد الشيئين لا بعينه
وهو القتل
فكان موجبه
واحدا لا بعينه
والخيار في الخطأ اذا ثبت ان موجبه القتل خاصة قلنا ان الولي قادر على
استيفاء حقه من جنسه لكماله فلا يجوز ان يعدله الى غيره كالمثلي في الغصب
فان قيل روي ان النبي عليه السلام قال في قصة خزاعة انهم ان اختاروا القتل فقتلوا
فالقتيل من هذيل وانه وان قاتله فمن قتل بعد ذلك فأهله بين خيرتين
ان احبوا قتلوا وان احبوا اخذوا الدية
وروي ان احبوا اخذوا والعقل قيل
له قد روي هذا الخبر وان احبوا فادوا والمفاداة لا تكون الا بالتراضي فان
ثبت ما رووه من قوله العقل
ولا دليل فيه ايضا لان العقل عبارة عما يودى به
قتل ذلك لا الكف عن العود الا ترى ان موجب الخطأ والعمد الذي لا شبهة فيه
وان كان لفظ الخبر وان احبوا اخذوا الدية في قتيل العمد ما تودي وذلك لا
يكون الا بتراضي القاتل وادائه فما يوخذ بغير رضاه في العمد فهو عندنا غصب
ولا يسمى دية وانما سمى الخطأ اذا تراضيا عليه دية بجار لقوله تعالى فمن عفي له من
اخيه شيء الآية معناه من جعل له اخوه شيئا فليقبله لان العفو عبارة عن الفضل
قال الله تعالى يسئلونك ماذا ينفقون الا يعفون الا بفضل قال ولا كفارة فيه
قال الشافعي
تجب الكفارة لنا ان الله تعالى ذكر في العمد وحكمه والخطأ وحكمه وبين الكفارة في
احدهما دون الآخر فلو كانت واجبة في العمد كوجوبها في الخطأ لبينها ولان العمد سبب
فلا يتعلق وجوب الكفارة بكونه محظورا لعينه
كالزنا

العمد وهو من اصحابه لقوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد قال ﴿ وشبه العمد ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا يجري مجرى السلاح وقال ابو يوسف ومحمد اذا ضربه بحجر عظيم او خشبة عظيمة فوجده ﴿ وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل غالبا وهو قول الشافعي وجه قول ابي حنيفة ما روي عن النبي عليه السلام انه قال الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا فيه مائة من الابل ولم يفصل بين العصا الصغيرة والكبيرة ولانا قلنا بما ليس بسلاح ولا يجري مجرى السلاح في تفريق الاجزاء فلا يجب به القصاص كالعصا الصغيرة ﴿ وجه قولهما ما روي ان يهوديا رضخ رأس جارية من الانصار بين حجرين فرضخ النبي عليه السلام راسه ولانه قصد الضرب بآلة يقتل بمثلها في الغالب فتعلق به القصاص كالحديد وقال ﴿ وذلك على العواقل لما تلونا ولانه اما تعلق بالعامد فلا يتعدد بالضرب وذلك تعلق به العامد قصد القتل ولم يقصد لانه ممنوع منه واما تعلق بالكفارة به فلا يتعدد بتعدد الضرب لان القاتل احد اثنين لما من اوجبها في كل قتل او من اوجبها في الخطأ وشبه العمد فوجوبها في شبه العمد مجمع عليه قال ﴿ ولا تؤدى في ثلاث سنين وذلك لان النبي عليه السلام اوجب في الدية خاصة فالظاهر ان حكم المتعلق به ولانها لما سقطت لحكم الخطأ من وجه وحكم العمد من وجه صار ذلك شبهة في سقوط القصاص قال ﴿ وفيه الدية مغلظة على العاقلة وذلك لما روي عن النبي عليه السلام انه قال الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا فيه مائة من الابل اربعون منها خلفة في بطونها اولادها ولانه روي تغليظ الدية عن علي وعمر وابن مسعود وزيد ولم يعرف لهم مخالف فكان اجماعا ولانه شبه العمد تغليظا في موضعه ﴿ واما وجوبها على العاقلة فلما روينا





ان ذلك يتعلق وجوبها بالعمد فلما تعلق على العاقلة كذلك الخطأ وكذلك وجب التخفيف حادث فاشبه القاتل خطأ الذي يجب في الصلح وعلى هذا الاصل قال الشيخ ابو الحسن رحمه الله انه يجب ان من قتل ابنه يجب ان يكون موجب قتله العمد وهو ما يتعلق بالمال لان الابن لو اوجب الدية لا تتحمل العاقلة وهو الدليل على وجوب الدية على العاقلة ما روي ان النبي عليه السلام جعل جنايات بطون الانصار العقل وما روي في حديث المغيرة ان ابن جارية من الانصار ضربت الاخرى بمسطح خيمة فقتلتها والقدر جنينا فقضى النبي عليه السلام فقضى على عاقلة الضاربة بالغرة فقام عدو يها فقال كيف ندي من لا اكل ولا شرب ولا صاح ولا استهل ومثل ذلك يطل وهذا دليل على ان القضاء وقع على العاقلة بعد الوضع وقد روي ان عمر وقع بالدية على العاقلة بحضرة الصحابة من غير خلاف ورتعلق به اصحابنا ان السراية وذلك لان تعدد الضرب فلا يوجب ان يكون قصد القتل قال ﴿ والخطأ على ضربين خطأ في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو ادمي وخطأ في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب ادميا وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة وذلك لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله واما كون الدية على العاقلة فلما بيناه ﴿ قال ولا اثم فيه وذلك لقوله عليه السلام رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولحرمة المال ايضا بعموم قوله عليه السلام لا مال لقاتل ولان لا يتوسل ان يكون قصد القتل في الباطن والظهر الخطأ



لئلا يؤدي الى ذلك قال ﴿ وما اجري مجرى الخطأ مثل النائم رجل يقع على رجل فقتله لان النائم لا قصد له فصار فعله بعد والخطأ انما اجري

وجد من جهته كالاباح دم المسلم الا بحدوث معنى فيه فلذلك اختلفا قال
لانه لما استأمن وذلك لانه غير محقون الدم على التابيد وانما متربصه به
الا تركيا المدة اذا مضت لحق بمأمنه ولا يمكنه من المقام فاذا وصله الى مأمنه
صار مباح الدم والمسلم محقون الدم على التابيد والمعنى فيه ما ذكرنا في القصاص
التساوي في حقن الدم وقد وجد قال ويقتل الرجل بالمرأة والكبير
بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن وذلك لقوله تعالى النفس بالنفس
وهذا اجماع الامة روي عن علي انه قال في الرجل اذا قتل المرأة ان اولياءها
بالخيار ان شاءوا اخذوا دية واحدة وان شاءوا اعطوا القاتل نصف دية وقطوه
وهذا لانه لان الفعل الواحد لا يتعلق به قصاص وحرمة النفس الواحدة
ولان اختلافهما كاختلاف الاعمى والبصير والصحيح والزمن وذلك لا يمنع
القصاص بالاتفاق كذلك هذا قال ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه السلام لا يقاد والد
بولده ولان حكم الجزء حكم الكل منه فلا يثبت على الانسان قصاص بما تلف بجزء ابنه
ويقتل الابن بابيه لانه لم يوصل الى حكم منه قصاره كالاجنبي واما لا يجب القصاص
بقتل عبد لانه لو ثبت ثبت للمولى لانه هو المستحق بملوكه وللمولى
لا يجوز ان يثبت له قصاص على نفسه ولانه من اتلف ماله نفسه لم يلزمه
واذا حرج من ان يكون مضمونا فيه القصاص واما المدبر والمكاتب
ان تعمدا كالعبد واما عبد ولده فلان مال ولده جعل بمنزلة ماله فيما
يسقط القصاص عنه قال ومن ورث قصاصا على ابيه سقط

وهو كما بيناه اذ حكم الجزء منه حكم قصاصا ثبت لانه يسقط عما نفسه
قال ولا يستوفي القصاص الا السيد وقال الشافعي يفعل ما فعل
ما ذكرنا والاصل فيما روي عن النبي عليه السلام انه قال لا قود الا بالسيف ولانه
قصاص فلا يستوفي الا بالسيف اصله اذا قتل السيد فان قيل قال الله تعالى
كتب عليكم القصاص وهو للمماثلة قيل له المماثلة يعتبر في المتلف لا في الاتلاف
يعتبرون في الآلة وذلك لا يجيء لان ما يقولون يؤدي الى اتلاف اكثر من المثل
لانهم يقولون اذا ضربه بخشبة عظيمة فمات ضرب به فان مات والا قتل
وهذا زيادة في ما اضافه قال واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث
الا المولى فله القصاص يعني اذا لم يترك وفاء وذلك لان الولاء في حال الخراجة
للمولى وهو المستحق للقصاص في حال الحلول لان الكتابة وان انفسخت بالعجز
ومن اصله الحرية في الطريق فله القصاص اصله وارث الحر وقد قالوا
في العبد المعتق بعضه اذا قتل فله قصاص للمولى والفرق بينهما ان الكتابة
تنفسخ بالعجز فيعود الى ملكه على ما كان عليه من الرق فيكون القصاص للمولى المعتق
بعضه لانه مال له من الحر بالعجز عن السعاية فلا يعود الى حال الرق
قال ولو ترك وفاء ووارثا غير المولى فلا قصاص لهم ولو اجتمع ورثة
المولى وذلك لان الحق ثبت للمولى بالجناية المقارنة فيه وثبت الوارث عند الموت
والعبرة في ثبوت القصاص ثبوت حق المقتص في الطرفين فصار هذا من قوم
من حرح عبده وباعه فمات في يد المشتري فلم يكن لورثة القصاص الا
هذا واما اذا ترك وفاء وورثة المولى فذكر في الجامع الصغير ان للمولى القصاص

حنيفة وابي يوسف لا قصاص عندهما وزفر وقد روي عن ابي يوسف ايضا انه
لا قصاص وجه قول ابي حنيفة ان المولى له حق في الجرح لانه يتم ملكه وهو
مستحق ايضا عند الموت فلما تعلق حقه بالطرفين شبهة القصاص كوارث
المجروح وجه قولهما ان الحق وان ثبت حال الجرح حكم وجود الموت حكم
الميراث فصار اختلافهم في شبهة الاستحقاق فلا يثبت القصاص
قال ش واذا قتل عبد الرجل عمدا وجب القصاص حتى يتخير الولي
وذلك لان المرتهن ليس له القصاص لان غير مالك العبد وما الراهن فلي استيفاء
القصاص لانه استحق حق المرتهن من الدين وبالموت تعجل حقه فاذا اجتمعا
ورضيا فقد استوفى المرتهن حقه فصار كعفو سيد العبد وبيقى للمولى
القصاص قال ش ومن جرح رجلا عمدا ثم ان المجروح عفا عن الجارح
فعلى القصاص وذلك لما روي ان رجلا جرح حسان بن ثابت فعفا عنه وطلبت الانصار القصاص فقال النبي عليه السلام انشدكم بالله اما زيادة فا
قطوه ان يوي فشأنكم ولان الجرح في الغالب لا يفوت حقيقة الموت الا انه
كان الجرح سببا يتعلق به الموت ولم يوجد ما يبطل حكمه في الظاهر فصار
كان الموت حصل عقيبه كذا ذكره سلما ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل
فقطعت يده والاصل فيه ثبوت القصاص بقياد وبالنفس قوله تعالى النفس
بالنفس والعين بالعين الى قوله والجروح قصاص فاقتضت الآية ثبوت القصاص بقياد وبالنفس وان وجد كل شيء بمثله والدليل على اعتبار المماثلة ايضا قوله عليه السلام
انما القصاص بالسيف اي لا قصاص الا بالسيف وايضا روي ان النبي عليه
السلام نهى عن المثلة والنهي يقتضي كون المنهي عنه قبيحا والقبيح لا يشرع

وقال الكرخي لا يجب عمدا محضا لان الشبهة فيه ولا يثبت فيه القصاص كمن قطع
يد من نصف الساعد واجرى مجرى الاموال اعتبر فيه المماثلة ثبت هذا
ما قلنا اذا قطع يده من المفصل وجب القصاص لان مساحة المماثلة وهو القطع من
من مفصل القاطع فلزم قال ش وكذلك الرجل وما دون الانف والاذن وهذا
لان يمكن المماثلة في جميع ذلك فوجب به القصاص قال ش ومن ضرب
عين رجل فطمسها فلا قصاص وذلك لان المماثلة قد تتعذر لان الاذى الا
يمكن ان يقابله القدر الذي قلع وان اقتص ربما عاد عليه ما فعل بغيره ما فعل
الجاني فصار كقطع اليد من نصف الساعد فيسقط القصاص لتعذر المماثلة
قال ش وان ذهبت قائمة وذهب ضوءها فعلى القصاص يخلى المرأة ويجعل
على وجهها قطنا رطبا وتقابل عينها بالمرآة وذلك لان المماثلة تمكن في هذا
صحيح على الوجه الذي ذكره وهذا امر حدث حادثة زمن عثمان فسأل عنه
الصحابة فلم يجدوا لم يكن فيهم شيء حتى جاء علي كرم الله وجهه فقضى بذلك وهو
عمل بما ذكرنا عن عثمن بكر قال ش وفي سن القصاص وذلك لقوله تعالى
السن بالسن قال ش وفي كل واحدة منهما القصاص لقوله تعالى
والجروح قصاص ولان لكل واحدة منهما نهاية تقف عندها المساحة وهو منتهى
لزم القصاص كقطع اليد من المفصل قال ش ولا قصاص في شيء من الاسنان
كذلك روي عن ابن مسعود وعمر انهما قالا لا قصاص في شيء من الاسنان ولان
لم نأمن ثبوته القصاص في السن متفاوت لان الاذن ربما يوي ان السن ربما
السن ربما تسود وربما تكسر من غير جناية فلم نأمن ثبوته القصاص

بحالة لا تبلغ المنفعة بدلها تعالوا بنا نعالج بدل الشعر على ما بينا سقط القصاص
معلوم ان الشجة كلما ازدادت كان اكسر للعظم فيضر لم يمكن اعتبار الخروج من الجانب
الآخر في الوجه الذي يخلقه عادة لكن يعتبر في الجانب الذي تتعلق به الشعار
كاليد الناقصة الاصابع وان شاء استوفى ذلك مع العيب وان شاء عدل
الى الارش ولا يشبه هذا اليد الصغيرة والكبيرة لان المقصود من اليد
المنفعة وحشفة اليد الصغيرة كصفحة اليد الكبيرة ولذا وجب القصاص
هناك وان كان ان يعتبر من اي الجانبين شاء لان ثبت بكل واحد منهما
فكان الخيار اليه واما اذا ابانت الشجة بعض الشاج وبرئ
الشاج فالصحيح ان للمجني عليه ان يأخذ ما بين قرحة الشاج وبرئه
الارش وذلك لا يطول الشجة فيه فصل سنبين قدر ما استوفاه وما فوته
على غير الموضح الذي خرج فان شاء اقتص في الموضح الذي خرج
وان شاء عدل الى الارش قال ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر اذا قطع
الا ان تقطع الحشفة هكذا في ذكر بعض الاصل وذلك لان كل واحد من اللسان
والذكر ينقص وينضبط فلا يمكن فيه المماثلة وما لا يمكن فيه المماثلة يسقط
فيه القصاص وقد روي عن ابي يوسف اذا قطع اللسان فللمجني عليه ان يقطع
من لسان القاطع بقدر ما قطع على هذه الصفة يمكن فيه المماثلة فوجب القصاص فاما
اذا قطع الحشفة فالقصاص واجب لانه هنا مفصل فكن القطع
فيه نحو كسائر المفاصل الذي يمكن فيها المماثلة قال واذا اصاب
انسانا وادي المقتول خطأ ان سقط القصاص ووجب المال فان كان

او كثيرا وذلك لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء فاتباع بالمعروف وروي عن
ابن عباس رضي الله عنه انه قال من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين ان احبوا قتلوا وان احبوا
اخذوا الدية واما قوله فان كان اكثر فلانه استوفى من محل الحق
الذي يجوز استيفاؤها بعوض لا يتقدر العوض باصله ورد العيب اذا سقط حق المال
قال فان عفى احد الشركاء من دم او صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين
من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية والاصل فيه ما روي ان رجلا من بني
كبير عفا احدهما فاستشار عبد الله بن مسعود فقال ان اردت هذا ولا صالح الآخر
ان يعطيه ما احباه هذا فعل بالعفو على قوله وذلك لكثرة الشجاعة من غير
تأمل ولان حق مشترك فاذا كان لواحد من الشركاء ان يستوفي حقه عن نصيبه
كان له ان يعفو اذا انفرد به اصله الدين اذا ثبت ان العفو يسقط نصيب
الباقي من الدم وصار نصيب الآخر لا يمكن استيفاؤه ودم العمد اذا تعذر
استيفاؤه انتقل حقه الى اصله من قطع يد رجل من نصف الساعد واذا تعذر
استيفاء نصيب الآخر انتقل الى الدية والاصل فيما ذكرنا ان كل ما استوفاه عن
الاصل فلا يثبت في البدل قال واذا قطع اصبعه واحدة من اليد او الرجل
من مفصل او قطع يده او رجله من الكوع او الكعب فعليه القصاص وذلك لقوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا
ولم يفصل ولان رجلا قطع اصبع رجل فقال سبعة اصبعا فقطع عمر رضي الله عنه
به ولان الى كل عضو من الاعضاء ما عدا القاتم به وهذا بخلاف
ما لان خروج النفس هو الذي تتعلق به القصاص وذلك لا يتبعض فصار
كل منهم كالمنفرد بالاهلاك فيجب القصاص قال واذا قطع القصاص

جماعة فحضر اولياء المقتولين فعفا بعضهم ولم يعف بعضهم فان لمن لم يعف
واحد قتله وسقط حق الباقين وقال الشافعي رحمه الله لهم جميعا وهذا قول الاول ان
عفو وكان لكل واحد من الباقين دية فان لم يعف الا واحد فله ثلث الدية
لمن عفا عنه وجب لكل واحد من الآخرين ديه وهذه المسئلة مبنية
على اصلين احدهما ان بعض القود هل يوجب كله اذا قلنا لا يوجب فقد استوفى
الحق فسقط وعند الشافعي رحمه الله للمال او القصاص فاذا قلنا يوجب سقط
القصاص وثبت للباقين الدية والثاني انه لا يقتل الواحد بالجماعة اذا
تعلقت الجناية بايديهم متساوية فوجبنا ان يتساووا في الاستيفاء اصله
اليمين في القسامة اذا قتلوا واحدا فلولي المقتول ان يختار واحدا منهم
مثلا للواحد كان الواحد قاتلا لهم ايضا لان ما قابل الشيء يكون ذلك
الشيء ايضا مقابلا له فلا يلزم الابن اذا قتل ابا ابيه والعبد اذا قتل مولاه
وهما لا يقتلان لان هذا يدرء بالشبهات لان الابوة في جانب الاب والاجنبية
في جانب الابن فاذا كان في جانب الاب شبهة لان الابوة توجب زيادة في
الاب فاذا قتل الاب ابنه لا يقتل به وان تساوى الابوة

# كتاب الديات

قال رحمه الله اذا قتل

ولم يرو عن النبي عليه السلام ولا بد ليس من الصحابة انه خالف الدية في البوقات
ومن قبل الخاصة جعل الدية على العاقلة والذي هو المقابل قوله والمتاجاة وهي ما تقدم
ثم قال والدية في الخطأ ما يزيد من الإبل اخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض
وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة وقال الشافعي عشرون
ابن لبون بدل ابن مخاض لما روي سفيان بن عيينة عن ابن مسعود ان
النبي عليه السلام قال في دية الخطأ عشرون ابنة مخاض وعشرون ابن مخاض وعشرون
ابن لبون ذكر مكان بنت المخاض ولم يبق اسنان الإبل في الدية كالشاتين فإنه
قيل روي ان النبي عليه السلام وفي قيل الانصار هاتوا من إبل الصدقة وليس في إبل الصدقة
ابن مخاض قيل له نعم ولكن كون فيها ابن مخاض على احوزنا وجه الثقة ولان
عليا رضي الله عنه ما اوجب عليه فإذا تعرض بالاصل لاصلاح ذات البين جاز ان يتعرض بزيادة على الواجب فان قيل روي ابن مسعود ان النبي عليه السلام قضى في دية الخطأ
ابن لبون قيل له فذكره بيانا وهو قولنا ايضا فانه قال
ومن العين الف دينار ومن الورق عشرة الاف درهم وقال الشافعي عليه السلام الذي
يقول انها مغلظة هي اثنا عشر الف درهم لما روي ان رجلا قطع يد رجل على
عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى النبي عليه السلام خمسة الاف درهم وعن عبيدة السلماني
ان عمر جعل على اهل الذهب الف دينار وعلى اهل الورق عشرة الاف فان قيل روي
ابن عباس ان رجلا قتل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فجعل ديته اثنا عشر الف
قيل له هذا معارض بما رويناه واذا تعارضت الروايتان اما المتبدأ بها مختلط
به روي من اثنا عشر الف درهم او من ستة وما روي من عشرة هو من سبعة

منها وقد اذا يجوز هذين الوزنين ولم ينقل ما فوق ذلك ان عمر وابن سنة
وذكر في كتاب البصرة ان اهل من قضى الدراهم العراق زاد فقضى البصرة عشرة
الف كانت وزن سبعة فقضى بالوزنة التي كانت الف كانت وزن ستة فقضى
بالوزنة التي كانت الف كانت وزن خمسة وهذا اشارة الى الورق والذهب هو اصل في الدية
ولا يدخل منها غيرهما ابو بكر الرازي لم يخرج به بعضه وقال غيره من اصحابنا الابل
الابل والامان ذكر في الجامع الصغير ما يدل عليه والبقر والشاة مقدر بالشرع ولا يجوز الزيادة عليها والنقصان منها وقال الشافعي الدية ثلاثة من الابل لا يجوز العدول عنها الى غيرها
مع القدرة عليها فان اعوزت فيه قولان قال في القديم يعدل الى احد الامرين
اما الف دينار واما اثنا عشر الف درهم وقال في الجديد يعدل الى قيمتها حيث بلغت
زيادة ونقصانا لما روي ابن عباس ان النبي عليه السلام قضى في الدية على اهل الخطأ اثنا عشر
الف درهم وفي حديث بن السباق ان النبي عليه السلام قال في كل ذي عهد في عهده الف
دينار وعن ابي بكر انه قال لعائشة رضي الله عنها ما مقدار الدية فقالت مائة من الابل فقال
اعرابي لو كنت من اهل المدر لاعطيتك مائة من الذهب فدل هذا
على ان التقدير بالابل اذا وجب بسبب الشاة كانت بدلا عن اهله سائر
المتلفات فان قيل قال النبي عليه السلام في الخبر المشهور من قتل له قتيل فهو بخير النظرين
ان شاء اخذ الدية وان شاء اخذ الابل فدل هذا على ان الابل هي الاصل في الدية
قلنا هذا الخبر لا يصح لان الراوي له ابو شريح الخزاعي وهو مجهول ثم لو صح
فالمراد منه بيان ما يستحق بالقتل العمد لا بيان ما تجب به الدية في الخطأ
ومن العين الدية الكاملة على اهله الدية اصلا اذا قطع الاذن الشاخصة والدليل
على ان الدية الخمسية ما روي ان النبي عليه السلام قال من سبح الملائكة سبحان من زين الرجال
باللحى والنساء بالقرون والدليل على ان ذهاب الجمال يوجب الدية ما ذكر المبسوط في كتاب
الكامل ان النبي عليه السلام قال في البصعة الدية قال وهو جاج الوجه وهو ان
ينبسط الوجه حتى تغور العين وتتحول الدية في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
الشعر لا منفعة فيه وانما فيه زينة فصار كالعين القائمة قيل له المقصود
من العين المنفعة والجمال فيها تابع فلم يجب كمال الدية بفوات ما ليس بمقصود منها
فالشعر فلا يقصد به الا الجمال فوات المقصود منه يجوز ان يوجب كمال
الدية لا يقال بها ولا شيء فيها واذا كانت عينه منقرة يجب الدية كاملة لان المنفعة
نصفها امكن ان يسره وتقبل بالجانب الاخر وكان محمد رحمه الله يقول في الجفن انه
يجب فيها الدية اذا كانت مجنية كما ملقبل بها فاذا كانت طاقات مستترة ولا يزيد
او احدى يضحك او السن فيه البراء لا يجب كمال الدية ولا يقع عليها ان كان ابيض
حكومة عدل واذا حلق حاجبه واشفار عينيه فابيت فيه الدية عندنا خلافا لزفر
واما شعر العنفقة فغير مذكور في الكتاب حكومة عدل لانه يقع بها الجمال الكامل لعدم المنفعة
في العادة والوجه اذا ذهب بعض الشعر قال في العينين الدية وفي الحاجبين
الدية وفي الشفتين الدية وفي الاذنين الدية وفي ثدي المرأة الدية وفي كل واحد من حلمتي
الثديين نصف الدية والاصل فيه ما روي في حديث سعيد بن المسيب ان النبي عليه السلام
قال في العين الدية وفي الاذنين الدية وفي اليدين الدية وفي احد الرجلين نصف الدية وفي
احد الشفتين الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية وروي في كتاب النبي

كتبه النبي عليه السلام لعمرو بن حزم وفي النفس الدية وفي الانف الدية وفي اللسان الدية
وفي العينين الدية وفي احدهما نصف الدية وفي المأمومة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية
وبيان ذلك في الجائفة في احدهما نصف الدية وفي احدى اليدين نصف الدية
وفي احدى الرجلين نصف الدية وفي احدى الشفتين نصف الدية وفي احدى الحلمتين نصف الدية
وفي احدى الاذنين نصف الدية وفي احدى العينين نصف الدية وفي ذكر الخصي الدية كاملة
لان منفعة الجماع قائمة وفي ذكر العنين حكومة عدل لان منفعة الجماع فائتة
وفي ذكر الشيخ حكومة عدل لان منفعة الجماع فائتة وفي ذكر الصبي حكومة عدل
لان منفعة الجماع فائتة وفي ذكر الخنثى حكومة عدل لان منفعة الجماع فائتة
وفي ذكر المجبوب حكومة عدل لان منفعة الجماع فائتة وفي ذكر الشاب الذي لا يشتهي
النساء حكومة عدل لان منفعة الجماع فائتة وفي ذكر الشيخ الذي لا يشتهي النساء
حكومة عدل لان منفعة الجماع فائتة وفي ذكر الصبي الذي لا يشتهي النساء
حكومة عدل لان منفعة الجماع فائتة وفي ذكر الخنثى الذي لا يشتهي النساء
حكومة عدل لان منفعة الجماع فائتة وفي ذكر المجبوب الذي لا يشتهي النساء
حكومة عدل لان منفعة الجماع فائتة وفي ذكر الشاب الذي لا يشتهي النساء

ومن لطمه فاسدة كاجلة وان عفا عنه قوله ولا يسقط قوله حليم الخ النفس والدين
قاصر يقتضي الاجتهاد سوى الاهلية والدليل ولان البغي والغرم حيوان
لا يحفظ فشبه العمد فلا يكون اصلا في الدية بنفسه كسائر الحيوان وجه قولها
ان عمر قضى في الدية في سنة اصناف من الدراهم عشرة الف درهم ومن اهل
البقر الف دينار ومن الابل مائة ومن البقر مائتي بقرة ومن الشاة الفا شاة ومن
الحلل كذا في جلة وكان حضرة المحيي به من غير خلاف قال ش ودية للنساء الذ
في سواء وقال مالك وابو حنيفة اليهودي والنصراني سنة الذ وقال الشافعي ديتها نصف
والنصراني ارجح الذ ودية المجوسي ثمانية الذ لما روي ابن عباس ان رجلا
رجلا بعمد رسول الله صلى الله عليه وسلم فكساها وحملها فذاجزها من عنده فقيها عمر
ابن امية الضمري فقتلها فامر بها فقتلت فامر بها فصلبت وقضى رسول الله
بديته بين مسلمين وعن النبي عليه السلام انه قال من كان له ذمتي وعهدي فدمه الذ دينار
وكذلك قضى ابو بكر وعمر ولان عهد الذمي الخ الثوري بدل النصراني اشارة الى
الدليل عليه فان قيل روي ان النبي عليه السلام قضى ان دية اليهودي النصراني اذا
الذ قيل له هذا حديث لا يعرف ولم يذكره كاتب من كتب اصحاب الحديث د
انما اضافوه الى بعض حديث سعد الخدري وليس بحجة وكل شيء يروي عن النخعي
في ذلك فهو معارض بما روي عن علي انه قال انما اعطيناهم الامان ليكون دماؤ
هم كدمائنا واموالهم كاموالنا فان قيل احد جزئي النفس لا يتنصف كاليد
سلمنا اصله القصاص قيل له اختلاف الشخص في القصاص لا يوجب اختلافا
بينهما كالاب والابن ولا يتساويان في القصاص فكذا في دينهما



والدامية والباضعة والمتلاحمة والسمحاق والموضحة والهاشمة والمنقلة
والآمة التي للموضحة القصاص اذا كانت عمداً ولا قصاص في بقية الشجاج اما
وجوب القصاص في الموضحة فلانه يمكن فيها المماثلة وهو ان يقتص الاكثر الاقل
وما يمكن فيه المماثلة يجب فيه القصاص كقطع اليد من المفصل فاما بقية الشجاج
فدون الموضحة فلا يمكن استيفاء المماثلة فيها اما في نفسه من حيث انها وما
يكون فيه المماثلة لا يثبت فيه القصاص لاختلاف هذه الجناية بين اصحابها وقد
ذكر في الاصل ان ما دون الموضحة القصاص وروى الحسن عن ابي حنيفة ان لا
قصاص الا في الموضحة وجه قوله ان دون الموضحة لا حد له ينتهي
اليه فلا يمكن استيفاء المماثلة فلا يجب فيه القصاص وجه ما ذكر في الاصل
ان امكن اقتدير غوره للجرح بالمقدار ويجعل حديده على قدره ينتهي الجرح عند
بقدرها واذا امكن المماثلة وجب القصاص قال ش وما دون الموضحة
فيه حكومة عدل روي ذلك عن عمر بن عبد العزيز انه قال ما دون الموضحة
حكومة عدل وروي ذلك عن النخعي وعن الشعبي فيما اجمعوا
الطبيب ولان ما يرد في الشجاج لما ارش مقدر وجب فيما لا ارش له القصاص
وقد اختلف اصحابنا المتأخرون في كيفية الحكومة فقال الطحاوي تقوم
الجراحة كانها عبد او هو صحيح ثم تقوم وبه الشجة فالنقصان بين القيمتين هو الواجب
في الشجة وهذا غلط فاحش لان الجراحة لا يمكن تقويمها والواجب في الجناية
على الحر لا يتغير بالظن فلو اعتبرنا ما قاله الطحاوي لادى ذلك الى ان



ولا يسقط بالشبهة والدية في الدية الا حالا يسقط قال ش في السن
الدية وفي الذكر الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية
ان الشيب لا يذهب ضوء العين الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية
وفي الانف الدية وفي الاذن الدية وكذلك هو في الكتاب هذي كتبه رسول الله
لعمرو بن حزم فاما وجوب الدية في قطع الاذن فلانها تفوت الجمال
المقصود بالاذن والمنفعة وذلك يوجب قطع الاذن الا ترى ان الاخشم
لما شم وقوة الاذن اذا قطع حشفة الذكر وجب الدية كاملة لما ذكرنا وهذا
على منفعة الصوت دون الايراد بدلان منفعة العضو كبطلان المنفعة
كذلك هنا يعتبر في قطع اللسان اذا قطع منه ما يذهب الكلام وجب الدية
قال ش وفي العقل اذا ضرب راسه فذهب عقله الدية والاصابة ذكر بارة
ان عمر بن الخطاب قضى بجل واحد اربع ديات ضرب عاراسه فذهب
عقله وثاسه وبصره وذكر ولان العقل يبطل بفواته منفعة جميع الاعضاء
الا ترى ان افعال المجنون قد اجريت مجرى افعال العقلاء فصار من هذا الوجه
كاذا الثلث فتجب الدية وعلى هذا ان عند ذهاب سمعه او شمه او ذوقه
لان كل واحد من ذلك منفعة عنده ليس لها نظير في البدن فتجب عند الدية
كالعقل قال ش وفي اليد اذا قطعت من نصف الساعد او من المرفق
وقال الشافعي فيه حكومة لنا ما روي عن علي انه قضى في شعر الراس الدية
لا يعرف له خالف وعن سعيد بن المسيب في الحاجبين وفي احدهما نصف

وقد حضر

لما عاد الحكم كجل الشين الذي لحق بقاء ثم هاير ذكرا فالواجب ان يجب فيها الارش واذا تعلق حكمها بالشين فمتى ما يظهر ولا يظهر في العادة الا في الوجه والراس قال ومن المزمنة اذا كانت خطأ فعليه خمس من الوجه العاشرة عشر الدية من الجسد عشرون ومن الانف ثلث الدية وذكر الحاوي في كتاب عمرو بن حزم ان في الشجاج التي تسمى المتلاحمة خمس من الابل وفي العاشرة عشرة وفي الملطاء خمسة عشر وفي الموضحة خمس من الابل وفي الباضعة ثلث الدية فان قدرت متى ما جاوزت فيها الموضحة وذكر مالك في الباضعة ثلث الدية وفي السمحاق ثلثا الدية وذكر ابو بكر بن الحداد حكما جامعا فقال ان الجناية اذا كانت تفوت شيئا من الوجه فكل الدية فاذا كان لا يفوت شيئا من الوجه فبحسابه من الدية وهذا قول كثير من الصحابة من غير ذكر وقد قال اصحابنا الجائفة لا تكون الا في موضع تصل الى الجوف كالظهر والبطن والصدر والسرة لانها سميت بذلك لوصولها الى الجوف فاعتبر ان يكون في موضع يصل منه الى الجوف قال وفي اصابع اليد نصف الدية وان قطع جميع الكف ففيها خمسون من الابل وروي عن علي انه قال في اليدين الدية وفي احداهما نصف الدية وروي عن عمر انه قال في كل اصبع خمس من الابل فلما وجب نصف الدية في الاصابع منفردة وجب نصف الدية في الاصابع المجتمعة قال واذا قطع الكف بعد قطع الاصابع سقط عنه بقدر ذلك من الدية وهذا قول جميع الصحابة ولا نعلم لهم مخالفا قال واذا قطع الكف قبل الاصابع فعليه خمسون من الابل وفي كل اصبع عشر من الابل وهذا قول عمر وعلي وابن عباس وابن الزبير وزيد بن ثابت وابن عمر ولا نعلم لهم مخالفا من الصحابة وقال ابو حنيفة ومحمد وابو يوسف في احد قوليه الكف بعد الاصابع تبع لها فيسقط عنه بقدر ذلك من الدية وهذا قول ابن المسيب والزهري وقتادة وقال ابو يوسف في قوله الاخر الكف بعد الاصابع اصل فيجب فيها ما يجب في الاصابع وهذا قول ابن شبرمة والليث بن سعد وقال الشافعي في الكف بعد الاصابع حكومة عدل لانها منفعة فيها ولا تبلغ دية بقدر لها الشرع ارش فرجع الى القيمة العدل قال وفي عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم يعلم بحدث فيه حكومة وقال الشافعي ديته كاملة لان هذه الاعضاء المقصود منها المنفعة فلو لم يعلم بحدث لاوجب فيها ارش كامل وقد يعلم ذلك في الذكر بالحركة وفي اللسان بالكلام وفي العين بامتداد الطرف فمتى وجد ذلك تبينا ان الفعل عضو منفعته فلزمه كمال الارش واذا لم يوجد ذلك لم يعلم الصحة فلم يلزمه ارش كامل بالشك قال ولان الاصحة هي الاصل فبقاء الظاهر والظاهر لا يستحق به حد على الغير قال ومن قطع رجلا فذهب عقله او شعر رأسه دخل ارش [illegible]

القوم كذلك روى محمد عن ابي يوسف وروي بشر عن ابي يوسف ان ما زاد على اصابع اليد والرجل فموضع لها الكف والى المرفق وهو قول ابن ابي ليلى وجه قول ابي حنيفة ومحمد ان الدية تجب بقطع الاصبع والكف تبع بدليل انه لو اقتطع الاصابع بالقطع وجب نصف الدية ولو قطع الكف وجب نصف الدية ولان امكن جعل الذراع تبعا للاصابع او للكف والتبع لا يتبع جواز ان يجعل الاصابع فلا تجوز لانه يفصل بينها عضو ولا يكون تبعا لها كما لا يكون الثنية تبعا للاصابع والجواز ان تتبع الكف لا تتبع في نفسه فلا تتبعه تبعا اخر وجه قول ابي يوسف قوله عليه السلام في اليدين الدية وفي احداهما نصف الدية واليد اسم للعضو الى الكتف ولان اليسير ارش مقدر فاذا اتصل به ارش مقدر تبعه اصله الكف واذا ثبت ان اصل ابي حنيفة ان يجب في الكف الدية وجب فيما زاد عليه حكومة عدل لانه ليس له ارش مقدر قال وفي الاصبع الزائدة حكومة عدل لانها منفعة فيها ولانه لم يقدر لها الشرع ارشا فرجع الى القيمة العدل قال وفي عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم يعلم بحدث فيه حكومة وقال الشافعي ديته كاملة لما ان هذه الاعضاء المقصود منها المنفعة فلو لم يعلم بحدث لاوجب فيها ارش كامل وقد يعلم ذلك في الذكر بالحركة وفي اللسان بالكلام وفي العين بامتداد الطرف فمتى وجد ذلك تبينا ان الفعل عضو منفعته فلزمه كمال الارش واذا لم يوجد ذلك لم يعلم الصحة فلم يلزمه ارش كامل بالشك قال ولان الاصحة هي الاصل فبقاء الظاهر والظاهر لا يستحق به حد على الغير قال ومن قطع رجلا فذهب عقله او شعر رأسه دخل ارش [illegible]

في الدية اما اذا ذهب عقله فلان منفعة العقل تعلق بجميع البدن فصار منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا وضح فمات فلا يجب اكثر من الدية هذا قول وقال الحسن بن زياد في الموضحة والعقل جنايتان اعتبر محلها والمقصود بها فاوجب في احدهما ما يجب في الاخرى كارش اليدين فاما اذا ذهب الشعر فلم يجب الا ارش واحد وجب بقوله جرح من الشعر الا تري ان الشعر اذا نبت سقط الارش وجب الدية وجب بقوله ان كل الشعر وقد تعلق بسبب واحد فوجب في الجزء الذي كفى قطع اصبع رجل فشلت يده وقد قال ان في كل واحد منهم اجابة فهاذ دون النفس فلا يدخل احدهما في الاخرى كما بين الجنايات قال وارش جرح بعضه او بعضه وكلامه يقتضي ارش الموضحة في الدية هذا الذي ذكره قول ابي حنيفة ومحمد وابي يوسف فيما حكاه الطحاوي وروي عنه بن زياد ان البيضة تدخل في الدية السمع والكلام ولا تدخل في البصر خاصة وجه قولها ان الشجة والسمع كل واحد منهما دون النفس ومنفعة مختص به ولا تدخل بعضه في بعض كالاعضاء المختلفة ولا يشبه العقل لان منفعته لا تختص به بل تعود الى جميع الاعضاء فهو كمن زال الزوج وجه قول ابي يوسف ان السمع والكلام كل واحد منهما باطن فتدخل ارش الموضحة فيه كالعقل وليس كذلك البصر فانه ظاهر فلا يدخل فيه ارش الموضحة كاليد والرجل قال ومن قطع اصبع رجل فشلت اخرى الى جنبها ففيها الارش ولا شيء في الشلل عند ابي حنيفة والكلام في هذه المسئلة يقع في موضعين احدهما ان الاصبع الثانية لا قصاص فيها عند ابي حنيفة وابي يوسف وروي ابن سماعة عن

ان فيها القصاص وجه قولها ان قطع الاولى صار سببا في ان الثانية لا يلحقها السراية وما كان بسبب فلا قصاص في اصله حفر البئر انما قلنا ان هذا لم يحصل على الطريق السراية هو ان السراية لا يثبت من عضو الى عضو وانما يثبت من جراحة الى جراحة كما اذا سرت الى النفس لان الاولى تصل الثانية فحدث الموت منه فصار كما يقطع الجناية في النفس الطرف خلافا له وجه قوله ان القطع الاصلي طريق العمد كان ما يولد منه في حكمه في وجوب القصاص اصله اذا سرت الى النفس واذا ثبت من اصلها ان لا قصاص فيها وجب الارش فيها والموضح الاخر جواز ان لا يسقط القصاص فيها عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد وزفر والحسن فيها القصاص وهو قول الشافعي وجه قول ابي حنيفة ان ما يسقط منها في حكم الجناية الواحدة دليله انها اذا كانت عمدا فسرايتها كذلك وان كانت خطأ وكذلك سرايتها ولو اذن فيها فسقط حكم ما تولد منها فرضا اذن فيه وقد ثبت ان ما اليه يوجب المال فلا يجوز ان يجب القصاص فيها لان الجناية الواحدة لا توجب المال والقصاص جميعا وجه قولها ان القصاص قد تعلق الوجوب لانها لو وقفت فلم تسر وجب القصاص فلم يسقط القصاص بالجناية الثانية اصله اذا وجى الرجل فقد السمع الى الاخر الجواب ان هذا ليس بسراية لان السراية لا يكون من نفس الى نفس والاصل جنايات اخر كل واحدة منها ان ينفرد حكمها عن الاولى بدليل ان الوجى الاولى لو كان ما ذهب فيه السمع فان الثانية فذلك انها جنايات قال ومن قطع يمين رجل فشلت اخرى سقط الارش عند الشافعي قال الشافعي في احد قوليه عليه الضمان لان ذهاب

السن يجب فوات الانتفاع بها والزينة وقد عاد الفائت بكمالهم فلم يجب شيء
كما لو نبتت الثنية وعاد الشعر كما كان ولو قلع سن صبي صغير فإن قيل سن الكبير
لا يعود غالبا فإذا عادت فكرامة من الله تعالى فلا يسقط الضمان كمن قطع
يخرة لرجل فنبت أخرى قيل له المعنى لأن الضمان يجب بإتلاف المالك لا بإتلاف
الانتفاع بدليل أنه لو قطع يخرة يستأجر بها مالكها لزمه الضمان وإن لم
المالك حاصل وقد مسلنا لزمه الضمان لفوات الانتفاع والزينة وقد عاد فلم
نصف الجناية هنا قال ﴿ومن قلع رجلا فأخذ فقتل ولم يزل ألم الرش وثبت الأرش
سقط الأرش عند أبي حنيفة وقالا يوجب عليه أرش الألم وقال زفر رحمه الله
الطبيب وجه قولهما أن الفعل إنما يتقدر بالشين الذي يحصل
بالأثر فإذا عاد علما بأن عليه فكأنه لم يكن ولا شين فكأنه لم يوجد أرش
وجه قوله الثاني بوسد أن الجزاء وإن عادت فألمها يوجب تقويمه وهو قول
محمد لأنه لزمه من أجرة الطبيب كذا ينبغي أن يعد فصار أجود ذكر القدوري رحمه الله وهذا
لأن المتابع عند أبي حنيفة لا يتقوم لا بعقد أو شبهه عقد ولم يوجد ذكره في حق
الجاني فلا يلزمه الغرم قال ﴿ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى
برأ وقال الشافعي يقتص في الحال لما روى جابر أن النبي عليه السلام قال يستأنى
بالجراحات ستة وفي حديث عمرو بن شعيب أن النبي عليه السلام أمر أن يقتص من
جرح عمدا ولأن جنايته لم يستقر فيها لجواز استيفاء القصاص فيها كالنفس
يد بقيد الساعد فإن قيل إنه أحد نوعي القصاص فجاز أن يجب مجملا
أصله القصاص في النفس قلنا له مقدر صورة لا من حيث إنها من النفس



فإذا كان مستقرا قال ﴿ومن قطع يد رجل خطأ فقتل خطأ قبل أن يؤدي
الدية وسقط عنه أرش اليد وذلك لأن الجنايات المختلفة تتداخل الجناية الواحدة
دليلا فإن حكمها وحكم الجناية الواحدة قبل البرء مراعى لا حكم لها بشيء لجواز
أن تؤول إلى النفس فيسقط حكمها وتثبت حكم النفس فإذا لم يستقر الجناية
الأولى وحدث الثانية سقط حكم الأولى وكأنه لم يجنه جناية واحدة فيجب الدية
خاصة ولا يشبه هذا إذا قطع يده خطأ ثم قتله عمدا لأن الجنايتان اختلفتا
الجنايتان كل واحدة من الجنايتين وهو علم أن حكم الجنايتين لا تتداخل جناية
الآخر بذلك الجنايتان المختلفتان قال ﴿وكذلك سقط عنه القصاص
بشبه قالوا يؤدي إلى أن القاتل إذا ادعى أنه لا يعقل العاقلة عمدا ولا خطأ
كما يدعي اعترافا هذا الأمر الأمن طريق التوقيف وكذا روي عن أبي يوسف
ويكون ماله ثلاث سنين لاحتمال أن يعفو فتجب بنفس القتل وكان موجبه كالذي وجب
بالخطأ قال ﴿وكذلك إن وجب الصلح فمات في مال القاتل لظاهر الخبر فيكون
ماله حالا لأن ماله أجب بعفو فصار كالثمن في البيع فلا يصير موجبا الا بالتأجيل
جيله قال ﴿وإذا قتل الأب ابنه عمدا فالدية في ماله ثلاث سنين وقال
الشافعي يجب حالا لنا أن الدية وجبت بنفس القتل فوجب أن يكون موجبه
كدية الخطأ وشبه العمد هذا على طريق أصحابنا في المسألة وعلى ما ذكر القتل
يتغلظ القصاص فأما على طريق الحسن أن موجب القتل القصاص و
يسقط لتعذر الاستيفاء فإنه يقول الدية تستقر لأنها لم يستقر وجوبها
كما إذا لم يجب على محل مالا الذي لا يستقر فإن قتل عبد سقط فيه القصاص

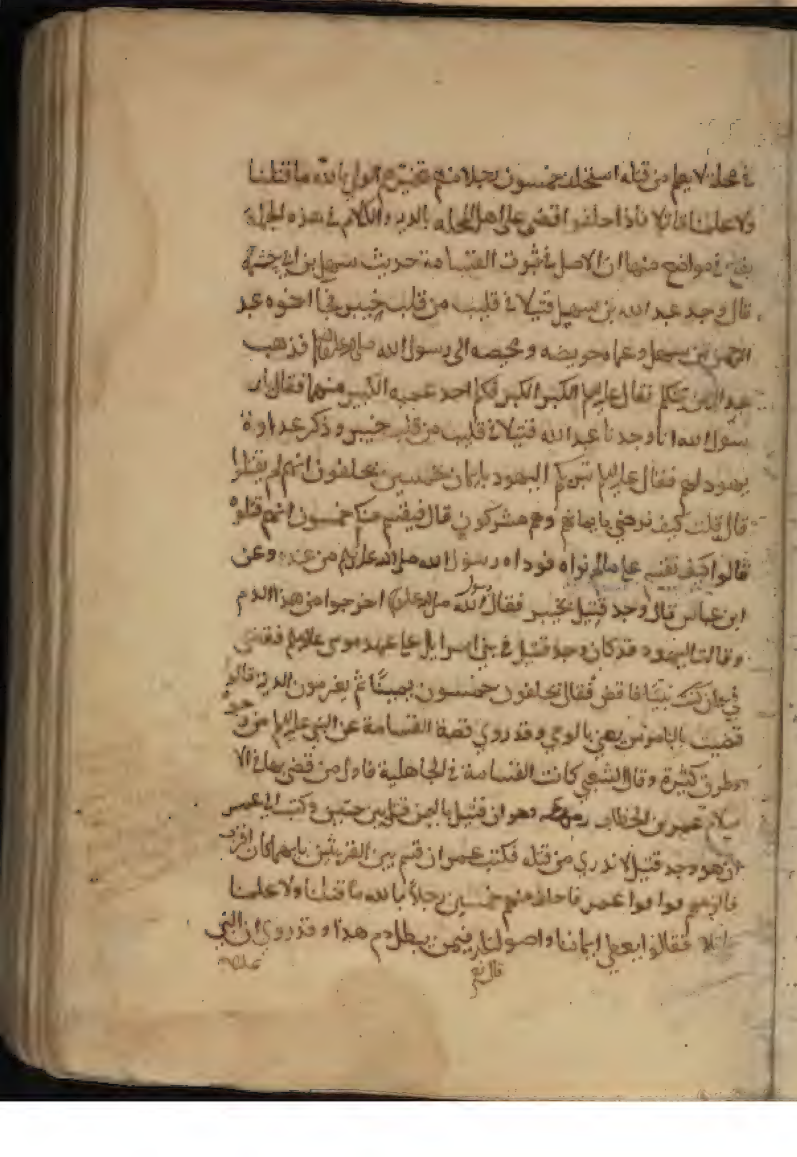


فإنه في الأرش يكون مالا حتى لو قطع يد رجل من نصف الساعد قيل له هذا القصاص
واجب لو أمكننا استيفاء المماثلة فإذا سقط تعذر المماثلة وجب الأرش حالا وفي
مسألتنا لا يتوهم وجوب القصاص فيوجب البدل موجبا قال ﴿وكذلك جناية
عمد توجب المال في ماله ولا يصدق على عاقلته وإنما كان كذلك لأن العمد
لا يعقل العاقلة صلحا ولا اعترافا ولأن الاعتراف يتضمن تحميل الغير وهو
الجناية من وجه والمال يلزم الأرش للعاقلة فيصدق على نفسه ولا يصدق على
العاقلة ويكون في ماله خاصة لأنها وجبت بنفس القتل قال ﴿وعمد
الصبي والمجنون خطأ لأن القصاص عقوبة والصبي والمجنون ليسا من أهل
العقوبة ولأن الأحكام المختصة بالعمد لا يتعلق بفعلهما من القصاص والمأثم
ثم فصار بمنزلة الخطأ قال ﴿وفي الدية على العاقلة وقال الشافعي في أحد
قوليه تجب الدية في ماله وهو الغلط ويكون حال الشافعي مروي عن علي رضي الله عنه أن عمد
الصبي خطأ وروي أن مجنونا سرق على عهد علي بالسيف فقتل فقتل علي رضي الله عنه الدية
العاقلة قتل عمده وخطأه سواء ولا مخالف لهما من الصحابة ومن جعل عمد الصبي
البالغ بدليل أن البالغ يلحقه اللوم والإثم في التفريط ولا يلحق الصبي فلم يتغلظ
في حق البالغ فكان على العاقلة فهذا الولي فإن قيل روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه
قال لا يعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا قيل له الصحيح
من الجواب قول ابن عباس على أن إطلاق العمد لا يتناول فعل الصبي بدليل
أن الأحكام المختصة بالعمد لا يتعلق بفعله فإن قيل فإن مال بالمثاقف
ما يستوي فيه الصغير والكبير أصله منه المنازعة قيل له هذا لا يستقيم

والسابق لاقامة عليه عدوا وعدوه يجب الكفارة قال ومن حفر بئرا في ملكه فعطب بها انسان لم يضمن لانه غير متعد في ذلك وما يتولد منه لا يلزم به الضمان وقد قالوا الوقوف في الطريق ليستوحوا وملوضع حفره به انسان ضمن لان المشي في الطريق مباح بشرط السلامة فيبرئ فكان الله تعالى اباح للوصي والمسيء ولو برئ صيدا فاصاب انسانا او شاة ضمن فالحق فيه السلامة كذلك هذا وقد قالوا اذا ارسلوا طيلسانا وغيره فوقع في الطريق فعطب به انسان فلا ضمان عليه لان هذا مما لا يمكن الاحتراز منه فلا يتعلق به حكم ولو كان ذلك حاصلا كذلك فوقع في الطريق فعطب به انسان لزمه الضمان لان الحامل لم يمكن الاحتراز منه والمتولد منه بدفيا يتولد منه مضمون لا ابيح له حمله على شرط السلامة وقد قال اصحابنا في اهل السفينة اذا ابحروا فيه بنا او حفروا بئرا او نصبوا حبالا فعطب به انسان فلا ضمان عليهم لان النظر في مصالح المسجد اليهم وما فعلوا فيه فلا ضمان فيه كالوصي والاب واذا فعلوا ذلك في دار اليتيم وولي الوقف اذا فعل ذلك في الوقف فانما اذا بنا رجل من غير اهل المسجد بناء المسجد او حفر بئرا او علق قنديلا او اوضح حصرا فعطب به انسان فهو ضامن في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا ضمان عليه الا في البناء والحصر وجه قول ابي حنيفة ان النظر في مصالح المسلمين الى اهله وليس الى غيرهم بدلالة ان لهم ان يمنعوا غيرهم من ذلك فصار من ليس من اهله كمن وضع شيئا في دار غيره ولان لولي يضمن في العمد اليسير فكذلك في الخطأ وجه قولهم ان المسجد جميع

الناس وقد اذن للمسلمين في دخوله بقوله تعالى ان ما يعمر مساجد الله من امن بالله واليوم الاخر وقال الله تعالى في بيوت اذن الله ان ترفع ويذكر فيها اسمه الآية والاذن لاهل المسجد في عمارته دليل الاذن للاجانب وغيرهم كالمستعير ومعلوم ان للمستعير ان يوضع في الدار الحصير والقنديل وليس له ان يحفر فيها ولا يهدم لاجل هذا قال والراكب يضمن ما اوطأت الدابة او اصابت من يدها او رجلها او ذنبها ولا يضمن ما نفحت برجلها او عضت او رمحت برأسها ولا ما اصابت من يدها او رجلها او ذنبها اذا كان سائقا او قائدا او راكبا وكذلك راكب السفينة اذا كان معها قائد او سائق او راكب وهذا استحسان والقياس ان لا يضمن في جميع ذلك لانه غير متعد في شيء من ذلك وجه الاستحسان ان الراكب متعد في الكبح والسوق لانه يمكنه ان يسير سيرا لا تطأ فيه الدابة احدا وكذلك القائد متعد في القود لانه يمكنه ان يقود قودا لا تطأ فيه الدابة احدا والمتعدي في فعله يضمن ما تولد منه كالحافر في ملك غيره والقياس في السائق ان لا يضمن ما اوطأت الدابة لانه غير متعد في السوق لانه مأمور بالسوق وقد يكون في السوق ما يطأ الدابة احدا ولا يمكنه الاحتراز عنه وجه القياس ان الضمان انما يجب بالتعدي وهو غير متعد في السوق وجه الاستحسان ان السوق لا يخلو عن الوطء عادة فصار كالمأذون له دلالة وهذا لان الدابة لا تسير الا بالسوق فصار كالمأذون له صريحا ولان السوق لا يخلو عن التعدي عادة فصار كالمتعدي حقيقة ولان السوق يشتمل على الكبح والكبح لا يخلو عن التعدي عادة فصار كالمتعدي حقيقة ولان السوق يشتمل على الكبح والكبح لا يخلو عن التعدي عادة فصار كالمتعدي حقيقة





ولا يمكن الاحتراز عنه وكل ما تولد من السير مما يمكن الاحتراز عنه فهو مضمون وما لا يمكن الاحتراز عنه فليس بمضمون وانما كان كذلك لان ما لا يمكن الاحتراز عنه كان في حكم المعدوم لما كان في ذلك من التضرر بما لا يمكن الاحتراز عنه لا يؤدي ضمانه الى منع التصرف لما كان قادرا على التحرز عنه واذا ثبت هذا فنقول انه لا يمكن الاحتراز من الوطء والدابة وما يصيب بيديها وما يطأ برجلها ومن الكلام والصوت وكان ذلك مضمونا عليه فاما ما نفحت برجلها او عضت او رمحت برأسها فانما ضمان فيه لانه لا يمكن الاحتراز عنه لقوله عليه السلام الرجل جبار يعني نفحة الرجل وقد قالوا انما يضمن الغبار والمشي او بين الدابة ما تولد منه لانه لا يمكن الاحتراز عنه وكذلك ما اثارت الدابة بسنابكها من الحصى الصغار فاما الحصى الكبار فالحكم فيها كالحكم في الكدس وقد قالوا لا يضمن ما تولد منه لان ذلك لا يكون الا بالعنف بالسير وذكر ما يمكن الاحتراز عنه وقد قالوا في الطريق على الدابة ضمن ما ذكرناه لتعدي بالذنب والرجل لانه متعد في السير وقد قالوا لان الاذن انصرف الى ما لا يضمن بعضه لا يصح والوقوف يضمن لانه يمنع الانتفاع بذلك الجزء على الدوام فصار

كتب الى اليهود اما ان تودوا او فاذنوا بحرب من الله ورسوله فولت هذه الا
خبار على وجوب الايمان على العاقلة وعلى وجوب الدية ومنها انه اذا
وجد القتيل في محلة وادعى ولي القتيل على اهلها استحلفوا خمسين نفسا منهم
عليهم بالدية وقال الشافعي اذا ادعى الولي القتل وعدم الوثوب فان الولي
يستحلف ويقضى له بالدية فان كان استحلف خمسون نفسا وان كان الاولياء
جماعة ففيه قولان احدهما يحلف كل واحد منهم خمسين نفسا والثاني يقسم
الايمان بينهم على قدر ميراثهم فان حلفوا والقتل خطأ قضي بالدية وان كان عمدا ففيه
قولان احدهما يجب القود والاخر الدية المغلظة والوث ان يكون هناك
علامة القتل في واحد بعينه او يكون هناك اعداء قد ظهرت لنا قول الحاكم
الناس عادوه فقد ادعى قوم دما قوم واموالهم فلكن البينة على المدعي واليمين
على من انكر فنسوي من ادعى عليه القتل بين الدماء والاموال واوجب البينة
على المدعي واليمين على المدعى عليه من انكر عليه وقد روي زياد بن ابيه مرسلا ان
حارثة بن سراقة اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اصبح في فلان فقال اجمع منهم خمسين رجلا
يحلفون بالله ما قتلوا ولا علموا قاتلا فقال يا رسول الله اعلى من اجلي الا
هذا قال ابو بكر بن الاثرم ذكره ابن يحيى في الآثار فلان يمين المدعي قوله
فلا يستحق بها المال كدعوى الانكار والاستحلاف بدليل اذا ثبت اللوث فكان
الكرخي يقول لنا قول الا انه يرضى بيمين اليهود والذي يصح عندنا ما ذكرناه و

اذا لم يكن لهم منع صار كما كنا في على الابل واما الركبان امام البعير الواحد فهم
نادرة وهذا الذي ذكره محمول على انهم كانوا يفعلون ذلك فلو لم يكن لهم فعل
فهو كما كنا في على الابل فلا يلزم الضمان ه وقد قال في الذكار الاول يقود بعيرا
لغيره رجل فربط اليه بعيره والقايد لا يعلم ذلك فوطئ البعير انسانا فقتله فالدية
على عاقلة القايدين يرجعون بها على عاقلة الرابط وذلك لان القايد الاول قد
ربط البعير بالغاية وضمان يستوي فيه العلم والجهل ويرجع عاقلة القايد على
عاقلة الرابط لان الرابط نقدي بربطه فصار هو السبب في لزوم الضمان
وكان الرجوع عليه ولو انه لا يلزمه قود فلا يقاد فلو ربط اليها بعيرا لا يعلم
بها فنفحت القايد فانقاد البعير معها فوطئ البعير انسانا فقتله فالضمان على
عاقلة القايد ولا يرجعون بها على عاقلة الرابط لان الرابط لا نقدي في الربط
فلما قاد القايد البعير خرج الجناية عن كونها من الضمان بحيث لو تعلق بالقايد كمن
وضع حجرا فدحرجه اخر فعطب به انسان فالدية على عاقلة الثاني دون
الاول وليس ذلك كالمسئلة الاولى لان ربط البعير والابل سايرة فلم يستقر الجناية
حين تحويلها والانتقال فبقي التعدي في الرابط على حاله فضمن ه وان كان
القايد قد سلم البعير على الربط فالدية على عاقلته ولا يرجعون بها على عاقلة الاول
بما لان الاول قاد بعد العود فقد رضي بذلك وصار كما اذا مره بالربط فسقط على الرابط
قال ه واذا جنى العبد جناية خطأ قبل المولاه اما ان يدفعه بها او يفديه
فان دفعه سلمه للولي بالجناية وان فداه فداه بارشها وهذا الذي ذكره صحيح جناية
العبد تتعلق برقبته فحق المولى ما ذكره وقال الشافعي جنايته تتعلق برقبته

وان شاء فداه وهو عند عبيد الناس مواليه وجنايته في رقبته وروي عن مالك
ان شاء فداه وهو عند الناس عبد لهم وجنايته في رقبته ومنها انه اذا
وجد القتيل في محلة وادعى ولي القتيل على اهلها استحلفوا خمسين نفسا منهم
عليهم بالدية وقال الشافعي اذا ادعى الولي القتل وعدم الوثوب فان الولي
يستحلف ويقضى له بالدية فان كان استحلف خمسون نفسا وان كان الاولياء
جماعة ففيه قولان احدهما يحلف كل واحد منهم خمسين نفسا والثاني يقسم
الايمان بينهم على قدر ميراثهم فان حلفوا والقتل خطأ قضي بالدية وان كان عمدا ففيه
قولان احدهما يجب القود والاخر الدية المغلظة والوث ان يكون هناك
علامة القتل في واحد بعينه او يكون هناك اعداء قد ظهرت لنا قول الحاكم
الناس عادوه فقد ادعى قوم دما قوم واموالهم فلكن البينة على المدعي واليمين
على من انكر فنسوي من ادعى عليه القتل بين الدماء والاموال واوجب البينة
على المدعي واليمين على المدعى عليه من انكر عليه وقد روي زياد بن ابيه مرسلا ان
حارثة بن سراقة اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اصبح في فلان فقال اجمع منهم خمسين رجلا
يحلفون بالله ما قتلوا ولا علموا قاتلا فقال يا رسول الله اعلى من اجلي الا
هذا قال ابو بكر بن الاثرم ذكره ابن يحيى في الآثار فلان يمين المدعي قوله
فلا يستحق بها المال كدعوى الانكار والاستحلاف بدليل اذا ثبت اللوث فكان
الكرخي يقول لنا قول الا انه يرضى بيمين اليهود والذي يصح عندنا ما ذكرناه و

وان شاء فداه وهو عند عبيد الناس مواليه وجنايته في رقبته وروي عن مالك
ان شاء فداه وهو عند الناس عبد لهم وجنايته في رقبته ومنها انه اذا
ولا جناية تكن استيفاؤها من الرقبة فوجب ان تتعلق برقبة العبد كالمهر
والعبد واذا ثبت انها تتعلق برقبته لم يلزم المولى فيها الزيادة على قيمة
الرقبة بخلاف ارش العبد ولانها اذا تعلقت برقبته كانت كالمرهونة منه
فصار كارش الجناية على المرتهن واما اذا جنى على
مال لان ارش جناية المولى على ماله الا ارش الاما ان يكون من الابل او من الاثمان والمثلي اذا
ثبت في جنس لم يجب صاحب الحق على واحد غير جنس حقه قبل لانسلم ان
ارش قيمة العبد فوجب عن الارش لكنه يسقط عن نفسه المطالبة بتسليمها
فيسقط ما وجب من الارش بملك المتلف لها فان قيل ارش الجناية تتعلق
برقبة العبد فلا يمنع المولى من دفع المال وجب بيع العبد وقضاء الدين من ثمنه
اصله العبد المرهون فانه بالدين والدين متعلق برقبة الراهن واما ان تعلق
برقبته فلا ولانسلم ان الرهن يباع في الدين ولكن يحبس الراهن حتى يبيع
يقضي دينه قال ه واذا دفعه ملكه وفي الجناية واذا فداه فداه بارشها
وقد شاذ كر قال ه فان عاد فجنى فان حكم الجناية الثانية حكم الاولى وذكر
لما فداه بارش الاولى تفرغت رقبته من الجناية فصار كانه لم يجن الا جناية
فيكون الحكم فيها كالحكم في الاولى قال ه واذا جنا بعض قتل المولى او
دفعه الى ولي الجناية يقسم ذلك على قدر حقهما واما ان يفديه بارش الجناية
منهما واما ان يأبى كذلك لان تعلق حق الجناية برقبته لا يمنع من تعلق مثلها بها
برقبة كما لا يمنع الدين من ثبوت مثله وكما لا يمنع حق المولى من تعلق به الفداء

من قيمته ومن ارشها وانما لزمت المولى جناية المدبر وهي عن اليد لان
الدفع في جناية المدبر على مولاه وقد كان هو بالشام وقضاياه بالمدينة من
بين الصحابة ولا نعرف له مخالفا ولان المولى صار بالتدبير شبيها بالجاني
من حيث انه صار مقصرا كما ذكرنا وهو لازم لجناية وانما لزمه الاقل لان
من قيمته فلا حق لولي الجناية فيما زاد على ذلك لان الضمان لزم المولى
بالتدبير الا ترقبة فلزمه قيمته وقد كان جناية ام الولد تمنع اللعن قال
جناية جزئي وقد دفع المولى القيمة الاولى فقضاؤه لا شيء عليه ومع ولي الجناية
الثانية الاولى فيشاركه فيما اخذ وذلك لان الضمان لزم المولى لحصول المنع الاولى
واحد منهم الرقبة وهو منع واحد فصار كان الجنايات تمت دفعة واحدة فلا يلزمه الا
ويتعذر جمعهم بها فاذا دفعها الى الاول انقضى الدفع وزالت يده عنها فيقوم
بغير اختياره فلا يلزمه شيء والثاني ان بيع الاول لا ينقض البيع وسقوط الواجب
اذا دفع التركة الى الغرماء ثم ظهر غريم اخر فانه يشاركهم فيما قبضوا اعتبارا
حقه بركة هذا فان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء المولى الجناية الثانية الى
المولى وان شاء ضمن في الجناية الاولى وذلك لان المولى بمنع الاولى ما تعلق حق الثاني
بالرقبة فكان الثاني بالخيار في تضمين احدهما شاء فان ضمن المولى رجع على ولي الجناية الاولى
لانا بينا ان دفع الى ما ليس بحق له فكان الرجوع وهذا كما قلنا في قوله تعالى
وما لا يبيح في الجناية الثانية الاولى ولا سبيل له على الاولى اذ دفع بغير قضاء او بغير
قضاء وجه قولهما ان المولى دفع الى الاول ولا حق للثاني فلم يكن هذا بمنزلة الدفع
فلا يلزمه الضمان ولم يذكر صاحب الكتاب جناية المكاتبين ومن ذهب

ويذكر من ذكر ما على الكتابة وقد قال اصحابنا جناية المكاتب على نفسه دون
سيده ودون العاقلة لان اكتساب المكاتب وكانت جنايته على كسبه والمكاتب هو
الخارج من قيامه وقيمته في الجناية بقدر الكتابة فكان الارش على المولى اذا منع التسليم
بالتدبير وان قيل المولى هو المانع بعقد الكتابة كذا ذمة التدبير فيجب ان يكون الدفع
عليه كما يلزمه جناية المدبر فسل نفس عقد الكتابة لا يمنع الدفع بدليل ان العجز
فيدفع وانما المانع اعتقه هو المانع وذلك امر عرض المكاتب وكان المنع
جهته فلزمه الضمان دون المولى واذا ثبت ان الجناية يلزم المكاتب فلنا يلزم
الاقل من قيمته ومن قيمته لما بينا فيما تقدم والارش ان كان هو الاقل فلا
حق لولي الجناية فيما زاد عليه وان اكثر من القيمة لم يلزم بعقد الكتابة الا الرقبة
فلا يلزمه فيما زاد عليه وقد قال اصحابنا ان جناية المكاتب تتعلق برقبته
وقال زفر يؤدي وجه قول اصحابنا ان رقبة المكاتب حق مولاه في الجناية
والجزء وكل رقبة يتصور تعلق حق بها في الجناية فانما اصله رقبة العبد
وجه قولهم ان رقبة العبد المكاتب لا يجوز فيها التمليك فلا تتعلق الجناية بها كالرقبة
الحر والمدبر وام الولد ولان المكاتب اذا عجز قبل انتقال الجناية من رقبته قبل
المولى اخذه او انه وهو قال زفر بياع الارش كما يباع الدين ويظهر الخلاف
فيما اذا ابرأ المكاتب ثم جنى قبل القضاء على الجناية الاولى ان يقضي عليه بقيمة
واحدة على الجناية الاولى تعلقت برقبته والثانية ايضا برقبته فصار حق كل منهما
يكون بينهما فيتأخر الثاني بعد حق الاول فيقول لو سلم له الجناية بقيمته لما بجز عن
الدية والولد لا يصار اليه واذا ثبت هذا اصل اصحابنا ان جناية المكاتب يتعلق

برقبته فانها لا تخلو لا ينتقل الى من الاحوال ثلاثة معان اما ان يحكم الحاكم بارشها
عليه ويبطل الى الارش او يموت المكاتب ويترك مالا او ولدا او وجه ذلك
ان حكم جناية موقوف الجواز ان يجعل فيدفع بالجناية او بعتق فتعذر الدفع
بعجز الارش فاذا حكم الحاكم بجعله للمراعاة بطلت الجهة الاخرى وكذلك ايضا
اذا اصطلحوا الان الصلح يثبت في الذمة فيوجب الجناية عن الرقبة واذا مات وترك
وفاء حكنا بعتقه اخر جزء من اجزاء حيوة ذلك فصح من حين الرقبة
فانتقل الحق الى الذمة فكذلك ان اعتق في حال الحيوة لتعذر الدفع وكذلك اذا
ترك ولدا لان الولد قام مقامه وقد تعذر دفع الرقبة بالموت فانتقل الحق الى من
قام مقامه فاذا جنى المكاتب فحكم عليه بشيء حق جناية اخرى فان القاضي
حكم عليه بالاقل من قيمته ومن ارش الجناية لان الجناية تعلقت برقبته وهي
مصايرة عنها فيتصاروان فيها فان جنى جناية فحكم القاضي عليه بالاقل من قيمته و
من ارشها ثم جنى جناية اخرى فان القاضي ايضا يحكم عليه في الثانية بالاقل من
قيمته ومن ارش الجناية وذلك لانه لما حكم عليه بالاولى تعلق حق الزمة فضا
دفت الجناية الثانية الرقبة وهي ما بقيت فيتعلق بها كالاولى وقد قالوا ان
القاضي ينظر في المكاتب في كل جناية يوم جنى بغير ذكر ولا يعتبر بزيادة القيمة
ونقصانها بعد الجناية وذلك لان المكاتب لو كان عبدا لهم دفعة يوم الجناية صغار
ما قاسمهم ذلك اليوم واعتبر قيمته في ذلك الحال على حاله المدبر وام الولد بقيمة
كل واحد منهما يوم الجناية في كل جناية لانه صار مانعا بالتدبير وكاد تدبير
مجنى كل جناية فيعتبر قيمته في تلك الحال على اذا اختل رجلا وقيمته الف درهم

ثم زادت قيمته فصار الفا وخمسمائة ثم قتل رجلا اخر فانه في الجناية الثانية يدفع
نصف المولى بين القيمتين وهو ثلاثة ارباع العبد من الارش الاول له ان يفتدي
بقية العبد وهو الف على ما بين كل واحد منهما فيكون عليه اربعة وثلاثون
سهما وقد قالوا ان المكاتب اذا قتل جناية سقط عنه من الحكم ما يخصها
وذلك ان جنايته مستحقة في كسبه والمكاتب لحق الجناية باكتسابه فعند ابي
حنيفة لما لم يحكم الحاكم عليه بما عجز بطلت الجناية لان الابراء لو صح صار
كالمولى بدليل ان كان مخاطبا بالدفع او الفدي واذا صار المكاتب لا يفدي في حق
مولاه فكذلك حكم الحاكم عليه بما عجز بطلت جنايته عنه وقالا يبطل وهي بقدر
وجه قولهما ان المكاتب باق على الاصل في التجارة في كل شيء بتضمنه عقد الكتابة
والابراء لانه ضد بدليل انه لا يصح في ذمته مما لم يتضمنه الكتابة بذلك ولان الكتابة لا تمنع
الابراء الجناية وان كان مجبورا عليه وانما الزمناه ذلك مع بقاء الكتابة ليتوصل
بالكتابة فاذا عجز زال المعنى فبطل ما تعلق باقراره وجه قوله ان الحكم
لما حكم عليه صار الجناية دينا في ذمته فلا يبطل بعجزه كما لو افتداه ثم عجز
وقد قالوا ان جناية ام حكم بها حتى ادى ثم اعتق صارت دينا عليه حتى
تحول الجناية لزمته لكسبه فلا يلزم المولى شيء ما كذلك عتقه كسائر ما
يقر من الديون ولا شبهة هذا العداد الى ان جناية على مولاه
ومن اقر بحق على غيره فانه لا يلزمه في نفسه قال واذا مال الخياط الى طريق
المسلمين فوقع على غيره فانه لا يلزمه في نفسه وانشد عليه ولم يقطعه فمات رجل
حتى سقط ضمن ما لفه من مال او نفس وجله ما يقال في هذا ان من ساحا بطا

تقدر النفس فيها بعشرة وقد روي عن ابي حنيفة ان الجناية على العبد مقدرة فيما
يقصد بالصنعة وما يقصد للزينة مثل الطابع والاذن فذلك لان النقد يراد
للجناية على استوي ما فيه منفعة وما فيه زينة لكن روي عن ابي يوسف عن
حنيفة ان ما فيه زينة لا يقدر لان الزينة ليست بمعنى مقصود من العبد وفي
مقصود من الحر فاما ما فيه منفعة فهو مقصود منها فاستويا اخذ بوقال

ناداضرب بطن امراة فالقت جنينا ميتا فعليه غرة نصف عشر دية
وهذا الذي ذكره استحسانا وكان القياس ان لا يجب على الضارب في الجنين
شيء لانه يجوز ان يكون حيا ويجوز ان يكون الجبوة لم تحل فيه فلا يلزمه الضمان
بالشك ولانهم اتفقوا ان من ضرب بطن بهيمة فالقت جنينا كان عليه
نقصان ولانثى عليه في الجنين وكذلك جنين الامة وانما تركنا القياس لما
اذ اختم الى عمر فذكر ذلك للصحابة رضي الله عنهم سمع رسول الله
في ذلك شيئا فقام المغيرة فقال سمعت من رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه
فالقت جنينا ميتا ومات فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم على عاقلة الضارب الدية
بغرة الجنين وقد روي في الحيوان ان الضارب قام فقال كيف ندي من لا اكل
ولا شرب ولا صاح فاستهل ومثل ذلك يطل فقال النبي عليه السلام اسجع كسجع الاعراب
اسجع كسجع الاعراب فيه غرة عبد او امة فقال عمر من يشهد معك بهذا فقام
محمد بن سلمة فشهد فقال عمر كدنا ان نقضي فيها براينا وفيها سنة عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم وقد روي عن عبد الرحمن بن عوف ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى
في الجنين غرة عبد او امة او خمسمائة درهم ولان الضرب منع من الجبوة فوجب عليه

الضمان كالمطروح بالمنع من حصول الروح في رقبة الرق والدابة وجوب
الغرة قال اصحابنا هي مقدرة بخمسمائة وقال الشافعي بستمائة وهذا
الاختلاف مع اتفاقهم على انها نصف عشر الدية لان الدية عندنا مقدرة بعشرة
الاف درهم فنصف عشرها خمس مائة وعنده مقدرة باثني عشر الفا فنصف عشرها
ستمائة وقد قال اصحابنا ان يستوي فيه الذكر والانثى لان النبي عليه السلام
قضى فيه بالغرة ولم يفصل ولان تعذر النفس بينهما فسقط اعتبار التعذر
وقالوا ان الغرة مخاطر الضارب لان النبي عليه السلام قضى بها على العاقلة ولو
كانت المغيرة ولهذا قال الضارب كيف ندي من لا اكل ولا شرب وهذا يدل على
ان قضاءها عليهم ولا تعاقل بين فصار كالدية قال فان القته حيا ثم
مات فعليه دية كاملة قال وان القته ميتا ثم مات فعليه دية وغرة وذلك
لان موت كل واحد منهما فوجب عليه ما يجب عند انفراده
قال وان مات ثم القته ميتا فلا شيء في الجنين وقال الشافعي فيه الغرة خلافا
ان القياس ان لا يجب في الجنين شيء على ما بيناه وانما تركنا القياس بالخبر
ورد فيمن القت جنينا وذلك لا يكون الا حال الحبوة لانه اضاف الفعل
اليها ولان الجنين لم يحكم الاعضاء من وجه بدليل انه يعتق بعتقها ولا يكمل
ارشه ولحكم الانفراد من وجه بدليل انه يورث عنه فاذا انفصل حيا
تاما انفرد بضمان ولم يدخل في ارشها ان مات واذا كان كذلك انفصل
في حبوة تاما فلم يدخل في ارشها اعتبارا بالانفراد واذا انفصل جدوتها
فيتم لم يضمن اعتبارا بالاعضاء وكل فرع تردد بين اصلين وجب الحكم بهما

ولا يفرد اعتباره باحدهما دون الاخر فان قيل كل واحد في احد الجنين اذا انفصل
حيا ثم مات وجب ضمان الجاني اذا انفصل ميتا اصله حال حبوتها قبل له
حال حبوتها يجوز ان يخرج ما انفصل من اعضائها بحيث لا يخرج ان يخرج جنينها
الميت وبعد الموت لا يجوز ان يخرج ما انفصل من اعضائها فلا يخرج ما
انفصل منها متلفا قال وما يجب في الجنين موروث عنه قال
الميت الغرة لام الجنين لنا ان الغرة بدل عن الجنين بدليل انها تعتبر
بدون الام الا ترى ان جنين ام الولد يجب فيه ما يجب في جنين الحرة واذا كان
ذلك بدل وجب ان يكون موروثا لان بدل النفس تستحقه الورثة اصله الدية
وقد قالوا الا ترث الضارب منها لانه قاتل بغير حق قال وفي جنين
الامة اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته ان كان
انثى وقال الشافعي فيه عشر قيمة الام وقد قالوا في جنين ام الولد من
مولاها غرة يكون قيمتها عشر دية الاب وكذلك في جنين الامة اذا كان
ابوه مسلما عشر دية الاب فاعتبروه بام وقد بينا الكلام في هذه
المسئلة يقع في موضعين احدهما ان الجواب في الجنين يعتبر بنفسه او الى
النقد بين الذكر والانثى والدليل على انه معتبر بنفسه انه تفاضل مبتلغه ما
عشر بدلها كما سائر المتلفات ولان اعتباره بغيره يؤدي الى ان يجب
فيه حيا اقل مما يجب فيه ميتا الا ترى انه لو كان قيمة امه عشرة الف
وقيمته لو كان حيا مائة فلو القته حيا ثم مات وجب فيه مائة ولو القته
ميتا وجب فيه الف فيؤدي الى ان يجب فيه ميتا عشرة اضعاف ما يجب فيه حيا ولان

اعتباره باحدهما فيه ضرر على الملتلف لان المتلف يعتبر بضمان المتلف ولا يعتبر
كونه قبل الواعتبرناه بنفسه لوجب تقويمه والاخلو اما ان تقومه
حيا وميتا ولا يصح تقويمه ميتا لانه لا قيمة له ولا يصح تقويمه حيا لانا لم
نتحقق حبوته فلم يصح تقويمه في نفسه وجب اعتبار غيره ولان التقويم
مما يحتاج فيه الى ادراك الصفات ومعرفتها فلا طريق الى ذلك ولانه لو وجب تقويمه
وجب اعتبار جميع قيمته كسائر المتلفات قيل له اما نقومه ميتا
وانما نقومه حال حبوته لان كان حيا وهذا تقوم له في حال قيمته وقولهم لا يجوز
تقويمه حيا لانه لعله حبوة لا يصح لان هذا يلزمنا ان لو اوجبنا قيمته حيا
فاما اذا اوجبنا بعض القيمة لم يلزمنا وهذا كما نوجب في اليد الشلاء بعض ما
يوجب في اليد الصحيحة لما لم يعلم صحتها فاما قولهم لا بد من صفات فيعلم انه
عبد لم يشاهد الجنين ولا يوجد من يعرف صفاته فانا بينا ان الجاني مأخوذ
بالجناية ولا يمنع الجهل ببعض صفاته من ايجاب القيمة وقولهم كان يجب جميع القيمة
كسائر المتلفات لا يصح لانا نقومه حيا وغير لا يعلم حبوته فلا يجوز ان يوجب
كمال القيمة كما لا تقوم اليد الشلاء ولا تكمل قيمتها لما لم يعلم صحتها فان قيل النبي
عليه السلام اوجب في جنين الحرة غرة وسوى بين الذكر والانثى وهذا الخبر هو الاصل
في الجنين فوجب التسوية في كل موضع قيل له هذا دليلنا لان النبي عليه السلام
اوجب في جنين الحرة الغرة وقومها بخمسمائة وذلك نصف عشر قيمته لو
كان ذكرا او عشر قيمته لو كان انثى وجنين الامة فرع على جنين الحرة
فيجب اعتبار بها فيؤدي الى ما قلناه قال ولا كفارة في الجنين

وقال الشافعي في الصارب الخبر والكفارة لقوله عليه السلام وجب في قتله الخمس
الخبر ودون الكفارة فلوكانت واجبة لبينها لانها بعد اسلام القاتل والجواز
تاخير البيان عند الحاجة قلنا لم يبينها دل انها لا تجب ولان الكفارة تجب
بالقتل وليس بقاتل لان الحيوة غير معارضة فلا تجب بالشك فان قيل كل من
لزمه بدل نفس اذا دى بالجناية وجب ان تضمن الكفارة اصله اذا قتله ابتداء
فصال قيل له لا نسلم ان ضمن بدل النفس لانا لا نعلم الحيوة وانما ضمن لانه
قطع التمام عن الجنين فاما اذا بلغه بعد الانفصال فانه يجب فيه القصاص
او الكفارة عند اصحابنا ان وجب الكفارة في اتلافه والجنين خلافه قال
والكفارة في شبه العمد والخطا عتق رقبة مؤمنة فان لم يجد فصيام شهرين
متتابعين ولا يجزي فيه الاطعام وقال الشافعي يجزي في الاطعام اذا لم
يقدر على الصيام دليلنا ان الله تعالى ذكر الصوم وارتب فيه الكفارة بالعجز
او الصوم ولم يوجب الاطعام فايجابه زيادة في نص وذلك عندنا نسخ فلا يجوز
اثباته الا بما يجوز به نسخ القرآن ولان كفارة تجمع عقوبة وعبادة يتعلق بسببها
تشترك فيها الرجل والمراة فلا يكون الصوم فيها بدلا ككفارة اليمين فان
قيل الله تعالى جعل الاطعام بدلا عن الصوم في كفارة الظهار واطلقه في
كفارة القتل فحمل المطلق على المقيد قيل له من اصلنا ان نحمل
المطلق على المقيد كذلك ها هنا لان الله تعالى ذكر الكسوة في كفارة
اليمين واطلقها في الظهار والقتل ثم لم تجب الكسوة في الكفارتين
المطلق على المقيد كذلكها هنا قال واذا وجب القتل



واذا نفرت الدابة من الرجل او انفلتت عنه فاصابت شيئا فورثها او كانت مما تضمن بيده فهو
خارج الى اجبار وسواء كان الذي اصابته ملكا صاحبها او في غير ملك لان صيد الحرم يضمن
بكل الاحوال فيه وقال الشافعي ان ارسلها ابتداء فاصابت فورثها ضمن
لانه بارسالها مالك الدافع وقع لها وهو متعدي في ذلك فيضمن ما تولد منه قياسا
على ما لو رمى صيدا فاثخنه فجاء آخر واصابه فقتله وقد قال الشعبي اذا رجل
سوط على دابته او كان واقفا عليها فحمحت وابته رجلا او ابنه فما تولد من ذلك
او فعل ذلك بغير فعل الراكب لانه متعد في ذلك الفعل فيضمن ما تولد منه وصار
كما لو دفع الدابة الى غيره وقد روي انه اختصم الى شريح في اربعة في رجل الخمس
دابة فضرمت رجلا فنفحن الراكب فبلغ ذلك ابن مسعود فقال لا انا يضمن الرجل
قد روي ان عمر بن الخطاب ضمن الناخس دون الراكب واذا سقطت من فورتها
لم يضمن بعد ذلك الناخس فان كان فعل بامره ذلك الراكب نظرت فان كان الراكب
عالما بانه مادون ذلك من سيره او وقوفه فالضمان على الراكب خاصة لانه امره
بذلك الا ان يصير كمن دبر بنفسه فيعتبر فيه ما يوجبه بنفسه وان الراكب واقفا
في طريق المسلمين الذي لم يؤذن في الوقوف فيه بالاذن عليها نصفين نصف على
الضارب ونصف على الراكب على قياس ما لو ضرب كصوب الراكب وهو ان
يغراد ان فيضمن ما تولد من ذلك الضارب فقد تعدى في الفعل فاشتركا في
التعدي فضمنا وقالوا لو امره بخمسها وهي سير فوطئت انسانا فقتله



فالدية على عاقلة الناخس نصف ويسقط نصف الراكب فعلى الناخس فاشتركا في الضمان فاما
ما تحت رجليها فالضمان على الناخس لانه فعل بامر الراكب صار كان الراكب فعل ذلك
ولو وقفا الراكب لم يضمن ما تحت رجليها على السير كذلك الناخس قال ولو افاد
فطرا فوضع ما على ابيها فان كان فيها سابق فالضمان عليهم او ذكر ان كل واحد منهما
مقرب للتهمة الى الجناية فكان القاء على غيره فان كان معها قايد فالضمان عليه
وان كان معها قايد وسابق فالضمان عليهما لانهما اشتركا في الجناية وهو وقد قالوا
لو كان في السابق وسقط القطار فاصاب مما خلف هذا السابق وقايد
يديه من شيء فموجبها الان بين يديه هو له سابق الاول وسابق ما خلفه هو لهما
قليد ان ضمنوا كان للقايد ان يكون عليهما وعلى هذا ان كان احدهما خلفها والاخر
في وسطها وهو موقوفها في ذلك كله لانه في كل الحالين اما سابق واما قايد وذكر
محمد في الاسناد ما لو ان جملا كان يقود قطارا واخر من خلف القطار
بيوته والابل مرجور بعضه على بعض فعلى الاول قوم ما حمل اول يوم وما جر بالاول
فوطئ بعيرا منها انسانا فقتله فالدية على عاقلة القايد والسابق والراكب
على البعير الذي وطئ على الراكبين على قدر ما على البعير الذي حمل عليه ما تحمل
الرويثة والكفارة على الراكب خاصة وذلك لان القايد والسابق صغيران
لا الجناية والسابق صغير ان والراكب البعير بالقايد لما خلفه والراكب على
البعير الذي وطئ حصل الكل يتقلب فاشتركوا في سبب الضمان فكانت الغرة
عليهم واما الكفارة فعلى الراكب لان الفعل حصل بفعله دون سواه قال
ومن كان من الركبان خلف البعير لحمولة الابل ولا يسوقها فلا ضمان عليهم لانهم

سائر الحقوق قيل هذا اذا كانت الدعوى على دهر خلاف المدعا عليه على ذلك المعنى
انقطعت الخصومة باليمين وكذلك نقول في مسئلتنا لان الدعوى على الكل
مستحلف ازقابل طلبه بقطع الخصومة في هذه الدعوى وقد وجب عليه

قال ولا يقضى بالجناية واذا حلف وقال ما كان لي ان احلف الولي وجب
الدعا عليه لان قول الواحد لا يثبت به القصاص اصله الشهادة فان قيل روي
ان النبي عليه السلام قال للانصار أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم قيل له قد بينا ان هذا
الخبر خرج على وجه الانكار لا على وجه الامر والخبر دون رجحة ذكر ايضا ان عمر
بن عبد العزيز سأل الناس عن القسامة وعنده اشراف الناس وقادهم
فقالوا حق وقد قضى بها الخلفا فقال يا معشر الانصار يا معشر قادة امير المؤمنين
ارايت ان لو خمسين رجلا شهدوا على رجل محصن بدمشق انه زنا ولم يروه
اكنت ترجمه فقال لا فقال ابو ثلابة والله يا امير المؤمنين ما قتل رسول الله
صلى الله عليه وسلم الا احدى ثلث خصال كفر بعد ايمان او زنا بعد احصان او قتل نفس
بغير حق فلو كان قد ثبت ان المراد بالخبر استحقاق الدم لم تخل الا عن واحد من
هذه الوجوه بالقياس قال وان لم يكمل اهل المحلة كررت الايمان عليهم
حتى تتم خمسين وذلك لما روي ان عمر رضي الله عنه لما قضى في القسامة دافي اليه
شعبه دارعين رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت الخمسين ثم قضى الدية

قال ولا يدخل السكان في القسامة مع الملاك عند ابي حنيفة يعني كان في المحلة سكان
وملاك وهذا الذي ذكره قول محمد ايضا قول ابي يوسف عليهم جميعا وجه قولهما ان
الملاك احضر بقعة البقعة من السكان لان الدور تتفاوت والقسامة
انما تجب على من هو احضر بالبقعة وجه قول ابي يوسف ان النبي عليه السلام اوجب القسامة على
اليهود وكانوا سكانا بخيبر والخيبر وان كان يتبع فيه الصوت لكن
ذلك لا خذ منهم على وجه الخراج فلا يكون قياسا ذكره قال وهو على اهل الخطة دون
المشتريين لو كان في صفة واحد وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجب على الجميع
وجه قولهما ان اهل الخطة احضر ببقعة البقعة من المشتريين في الحكم لان
حضر فصار المشتري بمنزلة الاجنبي ولان العقوبة لا تعلق باهل الخطة
فانها تنفي واحدا لا ينقل عنهم كمولى الاب ومولى الام لا يلزم مولى الام ما بقي
واحد من مولى الاب وجه قول ابي يوسف ان اهل الخطة يلزمهم القسامة لملكهم
وهذا المعنى موجود في المشترين ولهذا يلزمهم بالاتفاق اذا لم يوجد احد من
اهل الخطة قال وان وجد قتيل في سفينة فالقياس ان يلزم ما فيها من الركاب
والملاحين لانها في ايديهم وهم اخص بها من غيرهم وهذا ظاهر على قول ابي يوسف حيث
اوجب القسامة على السكان والملاك فاما على قول ابي حنيفة ومحمد فالقياس ان
السفينة بمنزلة محول اذا عثر فيها اليد دون الملك كالدار اذا وجد عليها
قتيل قال وان وجد في مسجد محلة فالقسامة على اهلها وذلك لانهم
اخص بالتصرف فيه بنصرة من غيرهم فكان وجود القتيل فيه كوجوده
في محلتهم قال وان وجد في الجامع والشارع الاعظم فلا قسامة ولا

وفي شرح الطحاوي هذا اذا قال لا ولا يدخل في القسامة صبي ولا مجنون
ولا امراة ولا عبد وذلك لان اليمين فرض والصبي ليس له قول صحيح وكذلك
المجنون واما المراة والعبد فليسا من اهل النصرة والايمان تجب على من
يقوى الغلبة قال وان وجد هيلا اثر به فلا قسامة ولا دية وقال الشافعي
في احد قوليه القول قول الولي فان امتنع استحلف اهل المحلة لنا انه
اذا لم يكن به اثر ظاهر انه مات حتفا انفه والميت لا يجب فيه قسامة
ولا دية فان قيل القسامة يمين المدعي فاذا ادعى الولي ما يكون ان يكون سبب
دعواه ولزمت القسامة قبل اذا لم يكن به اثر فالظاهر هو خلاف ما يدعيه
فلا سلم ان الدعوى وقعت موجبة للقسامة قال وكذلك اذا كان
الدم يسيل من انفه او من دبره او من فيه لان ذلك يكون في الغالب من غير ضرب
فيكون بالرعاف او غيره وذلك لم يبد الظاهر على ما قيل قال وان كان
بجبهته او اذنه نحو قتيل وذلك لان الغالب ان ذلك لا يكون الا بضرب
حادث فالظاهر انه قتيل قال واذا وجد القتيل في دار انسان يسوقها جميعا
على عاقلته دار اهل المحلة وذلك لان القتيل في يده فكان احضر به من اهل المحلة
كما لو وجد في داره قال فان وجد في دار انسان فالقسامة عليه والدية
على عاقلته وذلك لان صاحب الدار احضر بنصرة الدار من اهل المحلة فصار من
اهل المحلة بمنزلة اهل المحلة مع اهل المصر فكما لا يدخل اهل المصر مع اهل
المحلة فكذلك لا يدخل المحلة مع صاحب الدار في القسامة واما وجوب الدية
على عاقلته فلان الدية تجب لاجل النصرة ونصرة صاحب الدار على عاقلته

قال ولا يدخل السكان في القسامة مع الملاك عند ابي حنيفة يعني كان في المحلة سكان
وملاك وهذا الذي ذكره قول محمد ايضا قول ابي يوسف عليهم جميعا وجه قولهما ان
الملاك احضر بنصرة البقعة من السكان لان الدور تتفاوت والقسامة
انما تجب على من هو احضر بالنصرة وجه قول ابي يوسف ان النبي عليه السلام اوجب القسامة على
اليهود وكانوا سكانا بخيبر والخيبر وان كان يتبع فيه الصوت لكن
ذلك لما خذ منهم على وجه الخراج فلا يكون قياسا ذكره قال وهو على اهل الخطة دون
المشتريين لو كان في صفة واحد وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجب على الجميع
وجه قولهما ان اهل الخطة احضر بنصرة البقعة من المشتريين في الحكم لان
حضر فصار المشتري بمنزلة الاجنبي ولان العقوبة لا تعلق باهل الخطة
فانها تنفي واحدا لا ينقل عنهم كمولى الاب ومولى الام لا يلزم مولى الام ما بقي
واحد من مولى الاب وجه قول ابي يوسف ان اهل الخطة يلزمهم القسامة لملكهم
وهذا المعنى موجود في المشتريين ولهذا يلزمهم بالاتفاق اذا لم يوجد احد من
اهل الخطة قال وان وجد قتيل في سفينة فالقياس ان يلزم ما فيها من الركاب
والملاحين لانها في ايديهم وهم اخص بها من غيرهم وهذا ظاهر على قول ابي يوسف حيث
اوجب القسامة على السكان والملاك فاما على قول ابي حنيفة ومحمد فالقياس ان
السفينة بمنزلة محول اذا عثر فيها اليد دون الملك كالدار اذا وجد عليها
قتيل قال وان وجد في مسجد محلة فالقسامة على اهلها وذلك لانهم
اخص بالتصرف فيه بنصرة من غيرهم فكان وجود القتيل فيه كوجوده
في محلتهم قال وان وجد في الجامع والشارع الاعظم فلا قسامة ولا

بما يبدو لهم الا ان جزء الدار لا يختص بها فلا يلزم المسلمين ما تعلق بما حق
بها خصوصا واجب لاجلها يكون لبيت المال قال وان وجد في بوية ليس
لقومها عمارة فيه وجد فيه وذلك لان هذه البقعة ليس لاحد يد عليها ولاحد
اخص بها فلا تعلق بها حكما فاذا كان فيها عمارة مصرا او قرية فعليهم
القسامة والدية والخبر وان في القرب ان يكون قتيل يسمع فيه الصوت لان
الصوت اذا بلغ اليه فالغوث على من تلك البقعة العامرة في الغالب فتعلق بها
الحكم وان لم يبلغ الصوت لم يلحق الغوث فلم تجب فيه شيء قال وان وجد
بين قريتين كان على اقربهما والاصل فيه ذكر ما روي ابو سعيد الخدري ان النبي عليه السلام
قضى اذا كان قتيل وجد بين قريتين فامر ان يذرع بينهما فروي ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه
لما كتب اليه في القتيل الذي وجد بين وداعة وارحب فقيل كتب ان قيس
بين القريتين فوجد القتيل الى وداعة اقرب فقضى بالقسامة وهو
محمول على انه كان محمل الصوت الى الموضع قال وان وجد في وسط
الفرات فانه انما فحصه رضي الله عنه وذلك لان هذه البقعة لا يثبت عليها اليد
فلم يتعلق بها النصرة فلم تجب فيها شيء قال فان مخبسا بالشاطئ فهو
على قرب القرى من ذلك المكان وهذا ايضا بيان ما اذا كان يسمع الصوت من
القرى وذلك لان شط الفرات في يد من هرب منه الاتراك ثم يستقون
منه الماء ويوردون دوابهم واذا كان في ايديهم كانوا احضر به فلزمهم القسا
مة والدية وقد قال ابو حنيفة رحمه الله في القتيل يوجد في السجن القسامة والدية
على من في السجن واذا ادعت العاقلة على اهل السجن القسامة والدية

وجه قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان الحبس لانصرة لمدعي الظاهر لانه متهور وفي القسامة يجب لاجل النصرة ولم يأخذ ذكر فالان منفعة الحبس للمقصود بها جماعة المسلمين بدليل انه وضع لرفع الضرر عنهم واستيفاء حقوقهم فصار كالشاهد الاخر وجه قول ابي يوسف ان الظاهر ان الفعل جماعتهم وكانت القسامة عليهم وقد قال ابو حنيفة في الرجل يحرج الفعل فيحمل الى اهله فيموت من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش فلا ضمان فيه حتى يعاين فعلى عاقلة القتيل وان لم يكن صاحب فراش فلا ضمان فيه ولا قسامة وقال ابن ابي ليلى لا ضمان ولا قسامة في الوجهين وهو قول ابي يوسف لابي حنيفة ان الجراحة اذا زادت الى الموت فكان القتل حصل عقيبها بدلالة وجوب القصاص على الجارح فصار مسلتا كان القتل حصل في القبيلة وهي الحالة الذي جرح منها فيلزم حكم القسامة والدية وجه قول ابي يوسف ان الذي حصل في المحلة مادون النفس وذلك لا يثبت به قسامة كمن قطعت يده في محلة هو واما اذا لم يكن صاحب فراش فلا ضمان فيه لانه لا قسامة ولا دية لانا لا نعلم ان الموت حصل من الجراحة فلا يلزم اهل المحلة بالشك وقد قالوا اذا اكمل العدد فان اداه الولي ان كرر اليمين على بعضهم فليس له ذلك لان اليمين في الوصول لا يكرر في الواحد وانما فعلنا ذلك عند نقصان العدد للضرورة فاذا اكمل العدد عدنا الى الاصل وقالوا من اكمل اليمين حبس حتى يحلف لان اليمين تصلح للدفع القسامة بدليل انها تجب بينهما وبين الذمية وايضا قال الحارث بن الازمع لعمر ابتدأ ايمانا واموالنا اما تجري هذه عن هذه قال لا فاذا ثبت انها تصلح للحق

وكل من امتنع من حق عليه وهو يقدر على اداءه حبس ولا يشبه هذا النكول في سائر الايمان لان اليمين هناك ليست بنفس الحق الا ترى ان المدعا عليه اذا لم يحلف وبدا السالم يلزمه شيء فلهذا لا يحبس قال واذا ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم هذا الذي ذكره هو القياس وروى ابن المبارك عن ابي حنيفة ان القسامة تسقط وعن محمد مثله وجه القياس وهو ان الاصل انا فرغ علمنا ان القاتل احد اهل المحلة في الظاهر وهذا يجب عليهم فاذا ادعى الولي على واحد بعينه فلم يزد على ما علمنا فلا تعيد حكم القسامة بذكره وجه الرواية الاخرى ان دعواه على واحد دعوا ابرائهم فلم نحوا ستحق لانهم مع ابرائهم الولي قال وان ادعى على واحد من غيرهم سقط عنهم وذلك لان هذا الحكم لا يلزم اهل المحلة بظهور القتل الا بعد ان يدعي عليهم الولي فاذا ادعى على غيرهم فقد زال بدعواه القتل عن اهل المحلة فسقط عنهم حكم ذلك قال واذا حلف المستحق قتله فلان استحلف بالله ما قتلته ولا عرفت له قاتلا غير فلان وذلك لان بذل اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل ولو حلف على ما ذكر لانه اقر بالقتل على واحد صار مستبدلا من اليمين في حكم من سواه فحلف على قال واذا شهد اثنان من اهل المحلة على رجل من غيرهم ان قتله لم يقبل بشهادتهما وهذا الذي قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يقبل وجه قول ابي حنيفة ان شهادة اهل المحلة قبل الدعوى على غيرهم قبيلة لانهم صاروا خصوما فاذا ابرأهم الولي كان منهم ان يكون متوصلا

الا ترى انهم لو شهدوا ثم رجعوا من الخصومة لمكان التهمة وجه قولهما ان اهل المحلة لا يدفعون عن انفسهم بهذه الشهادة مغرما ولا يحصلون بها مغنما فوجب ان يقبل كشهادة غيرهم والله اعلم بالصواب

## كتاب المعاقل

قال رحمه الله الدية في شبه العمد والخطأ وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة وقد مر ذكر العاقلة فيما تقدم قال والعاقلة اهل الديوان ان كان القاتل من اهل الديوان وقال الشافعي رحمه الله العاقلة هم القبيلة فلا يلزم اهل الديوان شيء الا ان يكونوا من القبيلة وهو قول مالك رحمه الله وبه كان يقول ابو بكر الاصم وابن علية وحجتهما ما روي عن ابراهيم النخعي انه قال كانت الدية على القبائل فيما قبل تحمل الديوان وضعها عمر رضي الله عنه على اهل الديوان فلم يكن ذلك حدا فاذا لم يكن حدا فالقبيلة اولى لان النسب اسبق من الولاء ولنا ما روي عن ابراهيم النخعي انه قال كانت الدية على العاقلة فجعلها عمر رضي الله عنه على اهل الديوان وهذا نص في المسألة ولان الدية تجب بالقتل ابتداء والقبيلة لا تعرف ذلك فلا تتحمل ابتداء وانما تتحمل بعد ما وجب على القاتل بدليل انه لا يتحمل ما دون النفس وما لا يجب على القاتل لا يجب على عاقلته ولان الديوان قبل تحمل الدية كانوا كذلك لم يتغير الامر عما كان عليه قبل الديوان والحبس يقتضي تغيير الحكم فان قيل كانت الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وزمان ابي بكر على القبيلة فكيف تكون على الديوان قبل انه نسخ هذا الحكم في زمن عمر قبل انه لم يكن ذلك الديوان وكان نسخا بالقبيل وما فعله عمر فهو كما فعله ليس بنسخ اذ لو كان نسخا لانكر عليه المهاجرون والانصار وانما لم ينكروه لانهم علموا انه حكم يتعلق بشروط وهو النصرة فلما حدثت النصرة في زمن عمر لم يكن انتقل العقد اليها وهذا كما روي ان عمر رضي الله عنه رجع عما عنى في تغليب الصدقة ولم يكن ذلك في زمان النبي عليه السلام لان السبب الذي هناك عنى عليهم لاجله لم يكن في ذلك الزمان والذكر وضع الخراج ولم يعد نسخا وان كان النبي عليه السلام لم يضع الا العشر فلم يكن السبب الذي لاجله

وكل من امتنع من حق عليه وهو يقدر على اداءه حبس ولا يشبه هذا النكول في سائر الايمان لان اليمين هناك ليست بنفس الحق الا ترى ان المدعا عليه اذا لم يحلف وبدا السالم يلزمه شيء فلهذا لا يحبس قال واذا ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم هذا الذي ذكره هو القياس وروى ابن المبارك عن ابي حنيفة ان القسامة تسقط وعن محمد مثله وجه القياس وهو ان الاصل انا فرغ علمنا ان القاتل احد اهل المحلة في الظاهر وهذا يجب عليهم فاذا ادعى الولي على واحد بعينه لم يزد على ما علمنا فلا تعيد حكم القسامة بذكره وجه الرواية الاخرى ان دعواه على واحد دعوا ابرائهم فلم نحوا ستحق لانهم مع ابرائهم الولي قال وان ادعى على واحد من غيرهم سقط عنهم وذلك لان هذا الحكم لا يلزم اهل المحلة بظهور القتل الا بعد ان يدعي عليهم الولي فاذا ادعى على غيرهم فقد زال بدعواه القتل عن اهل المحلة فسقط عنهم حكم ذلك قال واذا حلف المستحق قتله فلان استحلف بالله ما قتلته ولا عرفت له قاتلا غير فلان وذلك لان بذل اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل ولو حلف على ما ذكر لانه اقر بالقتل على واحد صار مستبدلا من اليمين في حكم من سواه فحلف على قال واذا شهد اثنان من اهل المحلة على رجل من غيرهم ان قتله لم يقبل بشهادتهما وهذا الذي قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يقبل وجه قول ابي حنيفة ان شهادة اهل المحلة قبل الدعوى على غيرهم قبيلة لانهم صاروا خصوما فاذا ابرأهم الولي كان منهم ان يكون متوصلا

الا ترى انهم لو شهدوا ثم رجعوا من الخصومة لمكان التهمة وجه قولهما ان اهل المحلة لا يدفعون عن انفسهم بهذه الشهادة مغرما ولا يحصلون بها مغنما فوجب ان يقبل كشهادة غيرهم والله اعلم بالصواب

## كتاب المعاقل

قال رحمه الله الدية في شبه العمد والخطأ وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة وقد مر ذكر العاقلة فيما تقدم قال والعاقلة اهل الديوان ان كان القاتل من اهل الديوان وقال الشافعي رحمه الله العاقلة هم القبيلة فلا يلزم اهل الديوان شيء الا ان يكونوا من القبيلة وهو قول مالك رحمه الله وبه كان يقول ابو بكر الاصم وابن علية وحجتهما ما روي عن ابراهيم النخعي انه قال كانت الدية على القبائل فيما قبل تحمل الديوان وضعها عمر رضي الله عنه على اهل الديوان فلم يكن ذلك حدا فاذا لم يكن حدا فالقبيلة اولى لان النسب اسبق من الولاء ولنا ما روي عن ابراهيم النخعي انه قال كانت الدية على العاقلة فجعلها عمر رضي الله عنه على اهل الديوان وهذا نص في المسألة ولان الدية تجب بالقتل ابتداء والقبيلة لا تعرف ذلك فلا تتحمل ابتداء وانما تتحمل بعد ما وجب على القاتل بدليل انه لا يتحمل ما دون النفس وما لا يجب على القاتل لا يجب على عاقلته ولان الديوان قبل تحمل الدية كانوا كذلك لم يتغير الامر عما كان عليه قبل الديوان والحبس يقتضي تغيير الحكم فان قيل كانت الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وزمان ابي بكر على القبيلة فكيف تكون على الديوان قبل انه نسخ هذا الحكم في زمن عمر قبل انه لم يكن ذلك الديوان وكان نسخا بالقبيل وما فعله عمر فهو كما فعله ليس بنسخ اذ لو كان نسخا لانكر عليه المهاجرون والانصار وانما لم ينكروه لانهم علموا انه حكم يتعلق بشروط وهو النصرة فلما حدثت النصرة في زمن عمر لم يكن انتقل العقد اليها وهذا كما روي ان عمر رضي الله عنه رجع عما عنى في تغليب الصدقة ولم يكن ذلك في زمان النبي عليه السلام لان السبب الذي هناك عنى عليهم لاجله لم يكن في ذلك الزمان والذكر وضع الخراج ولم يعد نسخا وان كان النبي عليه السلام لم يضع الا العشر فلم يكن السبب الذي لاجله

فغيره غرة الجنين على العاقلة تبين فيه ان كان ذكرا ملكا لما قضى عليهم النبي عليه السلام بغرة
قال كيف يدي من لا اكل ولا شرب ولا نطق ولا استهل ومثل ذلك يطل دمه فقال انما سجع من سجع
به فاشبه النثر والدليل على انها ما تحمل ما دون نصف العشر ان القاضي لا يجب في عمدة ولا يفرد ارشه بنفسه فصار كضمان الاموال فان قيل من حمل اكثر الارش حمل قليله اصله الجاني قيل له وجوب الضمان على الجاني عن نفسه هو مقتضى الاصول ووجوبها على غيره خارج عن الاصول فلا يقاس اذا ثبت ما وضع عليه الاصل يجب ان يطرد ما خرج عن الاصول واذا ان ثبت ما دون نصف العشر لا تحمله العاقلة كان في مال الجاني لان الاصل الوجوب عليه اجيب الاصل الا ان يثبت التخفيف عنه بالتحمل فما لا تحمل فيكون على الاصل ولا تحمله العاقلة اذا كان ثبت الدية خطأ ودونها بان يكون في سنة اعتبارا بما يلزم اجاز العاقلة في السنة الاولى
قال ولا يعقل العاقل جناية العبد لما روي عن عمر انه قال لا يعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا قال ولا يعقل الجناية التي لا توجب مالا الا ان يصدقوه وقد قدمنا ذلك فاما اذا صدقوه لزمهم لانا استشهدنا عليهم التهمة فاذا صدقوه زالت التهمة فلزمهم قال ولا يعقل ما لزم بالصلح وقد دللنا عليه ذكر فيما تقدم قال واذا جنى الحر على العبد جناية خطأ كانت على عاقلته و قال الشافعي في احد قوليه لا تحمله لنا ان ضمان نفس او ما دون النفس من العاقلة لا تحمله كالحر فان قيل روي ابن عباس ان النبي عليه السلام قال لا يعقل العاقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا قيل له هذا موقوف على ابن عباس ولم ليل من جهة صحيحة الا معناه لا يعقل العاقلة جناية العبد الا تري انه قال ولا عمدا ومعناه حنا

فلا يقدر به ما يلزم احاد العاقلة اصله البعير والبقر فان قيل ما لا يقدر فيه السارق نصف حكم القليل الذي فيه فلا يقدر به ما يلزم احاد العاقلة قيل له هذا موضع الخلاف لان عندنا انما تحمل ما يقدر واما ينقدر اكثره فلا يلزم دعوى الاربعة لاعتبار المخفف الا تري انا نزيد على اربعة احد البكرين حين جنى في الزكوة بنفسه وقد قال اصحابنا رحمهم الله ان ما دون الثلث من العاقل لم يوخذ منه بل يترك وقال الشافعي يوخذ لان التحمل انما ورد في النصرة وقد سقطت النصرة بموته فسقط ما تجلا اجلها فان قيل دين استقر على حال حيوته فلا يسقط بموته كسائر الديون قيل له لا نسلم انه استقر لان احد علامات الاستقرار عندنا ان لا يسقط الحق بالموت والمعنى في سائر الديون انها لا تجب على طريق التبرع فلم يوثر فيها الموت والتحمل يجب على وجه التبرع فاثر الموت في سقوطه كنفقة ذوي الارحام فان لم يبق قال فان لم يبق القبيلة اذ لا رحم لها اقرب القبائل اليهم وذلك لانهم انصرة عند عدة القبيلة فجاز ان يضم الى القبيلة عند قلتها قال واذا حل القاتل مع العاقلة مكون فيها بودي كاحدهم وقال الشافعي لا يلزم القاتل شيء لنا ما روي ان سلمة بن نبيع فار جلا يوم النهاء يظنه كافرا وكان مسلما فقال له عمر بن الخطاب رضي الله عنه اعتق رقبة عليك وعاقلتك وكان التحمل ثبت لاجل التخفيف عنه فاذا صار كاحدهم فقد زال وجه التخفيف فان قيل روي ان النبي عليه السلام قضى دية المقتولة على عصبة القاتلة قيل له قال اصحابنا القاتل اذا لم يكن من اهل القرى لا يدخل في عاقلة العاقلة والمراة ليست من اهل القرى فان قيل اما وجب تحمله على الغريب تحملا جميعا كالنفقة وسائر



الحرية كذلك قوله ولا عبدا معناه جناية العبد فان قيل ما يضمن بالقيمة لا تحمله العاقلة كالاموال قيل له الاموال تستوي في ضمانها العبد والحر فلما لم تحملها العاقلة فالجناية على العبد كذلك وقد قال اصحابنا الزمادون النفس من العبد لا تحمله العاقلة وقال الشافعي في احد قوليه تحمله لنا ان ضمان ما دون النفس على الحرية مع امكان الموالاة فلم تحمله العاقلة كطرف البهيمة فان قيل من تحملت العاقلة بدل نفسه تحمل بدل ما دونها كالحر قيل له الحر ما دون النفس منه مضمون بنفسه على الجاني بقطعه والعبد بخلافه

الحرية اللغة عبارة عن المنع ومنه قيل للنواة حداد لانها تمنع الذي يكون في وسطها واسم اللفظ الذي يفيد المعنى بحصوله حد لانه يمنع من دخول غيره فيه وهو في الشريعة عبارة عن عقوبة مقدرة يستوفى لحق الله تعالى ولما كانت هذه العقوبة موضوعة للمنع عن الفعل المنهي عنه سميت حدا لم يسع القصاص حدا لانه لا يستوفى لحق الادمي ولم يسم البعير رجلا وان غير مقدر قال رحمه الله الزنا يثبت بالبينة والاقرار والاصل فيه قوله تعالى والذين ياتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقبل النبي عليه السلام اقرار ماعز بالزنا كذلك قبل اقرار العامدية ولان خلاف ثبوت الزنا بالبينة والاقرار قال فالبينة ان يشهد اربعة من الشهود على الرجل والمراة بالزنا ويبين لهم الامام عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنا ومتى زنا عن ذكر او انثى فاذا بينوا ذلك وقالوا رايناه وطيها في فرجها كالميل في المكحلة وسعه فان شهد اربعة منهم بذلك ولم يبينوا ما شهدوا به او بينوا ما شهدوا به ولكن بعضهم رجع عن الشهادة قبل القضاء فعلى الذين شهدوا بالزنا حد القذف لانهم قذفوا المحصنة بالزنا ولم يثبت بشهادتهم لنقصان العدد وهذه الجملة تشتمل على فصول منها ان الزنا لا يثبت الا بشهادة اربعة لقوله تعالى والذين ياتين الفاحشة

من مسلم فاستشهد عليهن اربعة منكم وقال علي والذين يرمون محصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة وقال النبي عليه السلام لهلال بن امية لما قذف امرأته ائتني باربعة يشهدون والا فحد في ظهرك وهذا لان الامر بالستر مطلوب شرعا وذلك لان ما دون الزنا يسهل ستره قال النبي عليه السلام البينة بزنيان واليدان بزنيان والوجلان بزنيان ثم تحقق ذلك الفرج فلا بد من ان يسمي الشهود مقدمات الزنا فيسألهم عن ذلك عن صفته اي ذلك ولا تقيم الحد بالشك ثم يسألهم متى زنا الجواز ان يكون زنا في وقت متقدم والشهادة تجر متقدم ولا بقاء على ما بينه ويسألهم اين زنا الجواز ان يكون زنا في دار الحرب والمسلم متى زنا في دار الحرب ثم خرج الينا لم يقم عليه الحد لان لم يكن الامام عليه يد عند وجوب الحد فصار ذلك شبهة لسقوطه ويسألهم عن زناه لانهم اذا لم يعرفوا الزنى يحتمل ان يكون امرأة مجاريته فاذا قالوا لا نعرفها صار شبهة في سقوط الحد فاذا بينوا جميع ذلك سأل عن عدالتهم في السر والعلانية لان شهادة على الزنا يعتبر فيها من الاستقصاء ما لا يعتبر غيرها بدليل انه يعتبر فيها زيادة العدد فلذلك استظهر في السؤال عن عدالتهم وقد قال ابو حنيفة رحمه الله اذا شهد ثلاثة بالزنا ولم يشهد الرابع حد واحد القذف وهو احد قولي الشافعي وقال في قول لا حد عليهم لما روي ان المغيرة بن شعبة لما شهد عليه ابو بكرة ونافع بن الحارث وشبل بن معبد على المغيرة بالزنا حد عمر رضي الله عنه ثم قام الرابع وهو زياد بن ابيه فقال رأيت افرانا بادية وتصعيدا عاليا واسرا منكرا ولا اعلم ما وراء ذلك فقال عمر رضي الله عنه

الشهود في مجلس واحد دخل واحد مجلس الشاهد وقام الى القاضي واحد بعد واحد فشهد واقبلت شهادتهم لانه لا يمكن اداء الشهادة دفعة واحدة

وجه قول الشافعي ان الفاسق لا يفهم خروجه عن عهدة الشهادة واذا كان كذلك لم يوجد في الشهادة ما يوجب سقوط الحد لان الشهادة تكون شهادة قاذف فلم يمنع قبول شهادة قال والاقرار الزنى على البالغ العاقل على نفسه بالزنا اربع مرات في اربع مجالس من مجالس المقر كما اقر ردة القاضي اما اعتبار البلوغ والعقل فلان الصبي والمجنون ليس لهما قول صحيح وهو اما اعتبار الاقرار بالزنا اربع مرات فهو قول ابي حنيفة رحمه الله وقال الشافعي رحمه الله يثبت باقرار مرة واحدة لنا ان ماعزا رضي الله عنه اقر اربع مرات وكان يعرض عنه النبي عليه السلام حتى اتاه من الجهة التي هو فيها فقال ابو هريرة اتيت النبي عليه السلام فاخبرته باصنعت لعله يستغفر لك فاتى النبي عليه السلام وقال اني زنيت فاقم علي حد الله سبحانه وتعالى فاعرض عنه ثم عاد فاخبر فاعرض عنه النبي عليه السلام الى ان عاد فاعرض فقال النبي عليه السلام اقررت اربعا فبمن ولكن الحد لا يجب باقرار مرة واحدة لم يجز تأخيره تبين ذلك ان النبي عليه السلام قال ماعز لو اقر الثانية في احد من حدود الله سبحانه وتعالى لاقامه وروي ان ابا بكر رضي الله عنه قال لماعز لما اقر ثلاث مرات ان اقررت الرابعة رجمك رسول الله صلى الله عليه وسلم فدل على ان تعلق الحد باقرار اربع مرات امر شرعي محض ولان سبب وجوب الحد الزنا فاعتبر فيه العدد كالشهادة فان قيل روي في قصة العسيف ان النبي عليه السلام قال انا انفس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فقبل النبي عليه السلام الاقرار مع احتمال الرجوع الى من يعرف الاحكام وقد كان استقر



الحد وجوبه اذ لم يفصح بالامر بالحد بعد سؤاله عن الثانية وكذلك حضرة الصحابة من غير نكير وروي ان ثلثة شهدوا على علي رضي الله عنه على رجل بالزنا وقال الرابع رأيتهما في لحاف واحد فان كان هذا زنا فهو كالميل في المكحلة فهم علي رضي الله عنه بحد الثلثة وعمر الرجم والشراة ولان حد القذف وضع حسبة لاعراض الناس فلو لم يحد الشهود اذا تناقضوا عرضة لكل من اراد ان يقذف رجلا اما عند الحاكم بلفظ الشهادة وهذا فاسد فان قبل العدد شرط لهذه الشهادة فقصارا يوجب الحد على الشاهد اصله العدد الزائد قيل له الفاسق لا يرد شهادته وان كان مقطوع الامر مظنون في مسألتنا وردت الشهادة لفقد شرط مقطوع به فجاز ان يجب الحد عليهم وقد قال الوجا الرجة متى قرفون شهدون بالزنا لم يقبل شهادتهم وهم قذفة يحد كل واحد منهم حد القذف قال محمد رواية ابن سماعة يحدون ولو كانوا مائة اربعة ومصر قال الشافعي يقبل شهادة اثنين ان عمر رضي الله عنه حد الثلثة ولو اعيد شهادة من يشهد فكان زيادة فلم يكمل بها الشهادة في مجلس آخر لا يعتد بها ولان الزنا اختص من بين نوعه بشهادة فوجب ان يكون اجتماع الشهود في مجلس واحد معتبرا بالنكاح فان قيل كل اثنين يجوز قبولها اذا اجتمعت في مجالس يجوز قبولها اذا افترقت في مجالس كسائر الشهادات قبل له سائر الشهادات لا يلزم الشاهد بشهادة حق فاستوى فيها التفريق والاجتماع وفي مسألتنا يجب على الشاهد حكم بشهادة اذا انضم العدد فاذا لزمه ذلك الحكم خرج من ان يكون شاهدا فلم يقبل شهادة مع الباقين واما الاحضر



في الشريعة اعتبار العدد في الاقرار فوكله الى عمله ولهذا لم يشترط التعرض في الاقرار ولم يشترط لفظ الشهادة ولم يشترط الرجوع واسقاط الحد عنها اذا رجعت بعد الاقرار واذا ثبت هذا اجمالا فان قيل كل حكم تعلق بالاقرار بالزنا يعتبر فيه اقراره مرة واحدة اصله سقوط الحد عن القاذف قيل له ما يوثر في اسقاط الحد خلاف ما يوجبه ويثبت به لان ما يسقط الحد اقوى في الثبوت مما ينبه لان الذي يسقط بالرجوع الذي ليس بصريح لا يثبت الا بصريح الاقرار ولهذا لما هرب ماعز قال النبي عليه السلام هلا خليتم سبيله جعل مجرد الفعل رجوعا وايضا فلو رجع الزوج عن القذف مرة واحدة سقط اللعان ولا يثبت الحد الا بتكرار اللعان اربع مرات واما اعتبار تكرار الاقرار في مجالس مختلفة خلافا لما قاله ابن ابي ليلى فلان ماعزا لما اقر عند النبي عليه السلام اعرض عنه فخرج من المسجد ثم عاد فاقر حتى اقر اربع مرات فخرج في كل مرة ولو كان الاقرار اذا تكرر في مجلس واحد فهو بمنزلة اقرار واحد بدليل من اقر رجل الف درهم في مجلس ثم اقر له في ذلك المجلس بالف انه تجعل احدهما هو الآخر فاعتبر المجلس مختلفا لذلك قال كلما اقر ردته القاضي وذلك لما روي ان النبي عليه السلام رد ماعزا في كل اقراره وكذلك روي في قصة العامدية ان رد ها الاقرار قال فاذا تم اقراره اربع مرات سأله عن الزنا ما هو وكيف هو وابن زنا وهل زنا فاذا ابين ذلك لزمه الحد لما سأله عن الزنا فان النبي عليه السلام قال له لعلك لمست لعلك قبلت لعلك نظرت فلما ذكر ما عز الثنوت والكناية قبل اقراره ولان الانسان قد يظن ان الوطي اذا كان محرما زنا

في سوال المقر اعترافا واما سواله عن مكان الزنا فلجواز ان يكون زنا في مكان لا حد عليه لحد فيه مثل دار الحرب واما سواله عن المزني بها من هي عليه السلام قال لما عز الان اقررت اربعا فحسن ولاذ عجود از كون وحي من لا يجب الحد بوطيه كجارية الابن والجارية المشتركة فيسأله لتحقق موجب الحد قال ش فاذا كان الزاني محصنا رجمه بالحجارة حتى يموت والاصل فيه ما روي عن النبي عليه السلام انه رجم ماعز بن مالك ورجم العامدية وروي زيد بن خالد الجهني ان النبي عليه السلام اتاه رجلا فقال ان ابني كان عسيفا على هذا وانه زنا بامرأته فافتديته بمائة شاة واستفتيت قومًا من اهل العلم فقالوا على ابني الحد فقال النبي عليه السلام اما الماية شاة فرد عليك واما ابنك فعليه جلد مائة وتغريب عام واغد يا انيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فاعترفت فرجمها فاذا وجب عليها الرجم لما كانت محصنة ولاحصانها ذكر بن الامة اما روي عن الخوارج ان الحد كله الجلد والرجم فيه وانما قالوا بذلك لانهم لا يقبلون اخبار الاحاد قال ش خروجه الى ارض فضاء وذلك لما روي في حديث ابي سعيد قال لما امر رسول الله عليه السلام بضرب ماعز خرج به الى البقيع فوالله ما اوثقناه ولا حفرنا له ولكن قام لنا فرميناه قال ش يبدي الشهود بدء ثم الامام ثم الناس فان امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد قال الشافعي بداية الشهود ليست بشرط لما روي ان عليا رضي الله عنه رجم شراحة الهمدانية فامر فحفر لها ثم قال في آخر الناس ارجم رجم الله رجم رسول الله ورجم علانية فرجم الناس ان يشهد على الشهود فيبدأ الشهود فيرجمون



ثم الامام ثم الناس ورجم الحاضرين ان يشهد على الامراء ما يوجب فيبدأ الامام برجم ثم يرجم الناس لانا رأينا رجموا فقدم فرماها بحجر فما اخطأ اصل اذنها وكان من اصوب الناس رميه وكان ذلك بحضرة الصحابة من غير خلاف وهو ايضا مخالف للقياس فيحمل على التوقيف ولان في بداءة الشهود ضرب من الاحتياط الا ترى انهم كانوا اكذبوا في الشهادة استعظموا النفس فرجعوا والرجم يعتبر فيه الاحتياط فان قيل لم يجب استتابته فلا يجب على الشهود والامام البداية بالجلد قبل له فذا اعتبرنا الرجم من الاستظهار بما لم يعتبر في سائر الحدود بدلالة وقوفه على شهادة اربعة فكذلك يجوز ان يقف على بداية الشهود ولان الجلد و سائر الحدود يقف ايضا على مستوفي مخصوص وهو اختيار الامام لمن شئن ان فاتتها فكذلك نجوز ان يقف على على مستوفي مخصوص وما ذكرنا الا الشهود لما ذكرناه قال ش فان امتنع الشهود من الابتداء اسقط الحد وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يسقط ولكن يرجم الامام ثم الناس وجه قولهما ان بداية الشهود شرط فاذا امتنعوا او امتنع بعضهم من غير عذر صار كما لو شهد لجواز ان يكونوا عرفوا ان الحد غير مستحق فاما بجواز اقامة الحد مع الشبهة وجه قول ابي يوسف ان الحد لا يشترط مباشرة الشهود كالجلد بخلاف الجلد لانه كما امر بضربه على الوجه المحسن كذلك امر بضربه على الوجه المستحق فلو بوقف على فعل الشهود يسقط ولو حضر فحسن كما لو احد لم يكن في تقليده بالشهود بطلان وقد قال ابو حنيفة ايضا ان مات الشهود سقط الرجم

لجواز ان يكونوا الصار رجعوا عن الشهادة فصار ذكر شبهة وجه قوله ايضا ان الرجم انما وجب بشهادة الشهود وقد زالوا وصاروا في حال لا تقبل شهادتهم لان الطارئ على الحدود قبل الاستيفاء كالمقارن الموجود في الابتداء ولان بداية الشهود فضل كما ان شهادتهم على هذه الصفة فلا يستوفي بشهادتهم ثم قال كان مقتضى ابتداء الامام ثم الناس لما ذكرنا غير ان عليا رضي الله عنه جعل بداية الشهود سنة ثم قال ش ويغتسل ويكفن ويصلى عليه وذلك لما روي عن النبي عليه السلام انه قال في المرجوم لقد تاب توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له ولقد رايته يتخمخم انهار الجنة ولان الامام الحد عليه لا يخرجه من الاسلام فصار كسائر المسلمين قال ش فان لم يكن محصنا وكان بكرا فحده مائة جلدة وذلك لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحدة منهن مائة جلدة وهو عام قال ش يامر الامام بضربه بسوط لا شمرة ان يضرب متوسطا وذلك لان الشمرة اذا ضربه بها كان ضربه ضربتين ولا يجوز الزيادة في قدر الحد وانما اعتبر الضرب المتوسط فلان النبي عليه السلام امر الجلاد ان لا يفني اي لا يبقي الضرب المبرح لما ذكرنا ان الضرب المبرح ربما ادى الى التلف وذكر غير مستحق عليه والضرب الضعيف لا يؤثر ولا يفيد المقصود فلذلك اعتبر الوسط قال ش ينزع عنه ثيابه وذلك لان الثياب تمنع وصول الالم اليه وذلك بالغ في وصول الالم وقد قالوا ان ترك الثياب مستحب في التعزير لما ذكرناه وقد قالوا ان اشد الضرب يكون في التعزير ثم حد الزنا ثم حد الشرب ثم حد القذف اما التعزير فلان المقصود منه الزجر فاذا لم يكن الزيادة في عدده وجب الزيادة



ضاعف ذلك لان الحد لا يحتمل الشبهة قال ش ولا حد السكران حتى يعلم ان سكر من النبيذ او شربه طوعا وذلك لان السكر قد يكون من غير هذا الشراب وذلك لا يوجب الحد وانما يجب الحد اذا كان مع النبيذ فلا بد من العلم بانه شربه طوعا لانه لو اكره على الشرب فسكر لم يجب عليه الحد فاذا لم يعلم ذلك لا يلزمه الحد قال ش ولا حد حتى يزول عنه السكر وذلك لما روي ان عمر رضي الله عنه امر سكران بجلده فلما صحا حده ولان المقصود بالجلد ايصال الالم اليه ليزجر عن ذلك والسكر يمنع الاحساس بالالم فلا يوجد المقصود بالحد معه فوجب تاخيره الى حال يوجد المقصود قال ش ابو حنيفة ان السكر الذي يجب به الحد ان لا يعرف السماء من الارض والرجل من المراة وقال ابو يوسف ومحمد اذا اختلط اكثر كلامه وجه قول ابي حنيفة ان اسم السكران عند الصلوة حتى يعلم ما يقول فدل انه ما دام يعلم فهو غير سكران وجه قولهما انه اذا اختلط اكثر كلامه صار مضمونه الهجر ون قال ش وحد المرتد السكران في الخمر ثمانون سوطا وقال الشافعي اربعون قال ش ويحضر الامام عليها جاز واذا هم البدا ان يعزر على طريق التعزير لما روي ان ابا بكر رضي الله عنه جلد في الخمر اربعين وجلد عمر رضي الله عنه ايضا اربعين ثم خالد وهو الصحيح فاخبره ان الناس قد انهمكوا في الشرب فاستشار الصحابة الذين حوله فيهم علي فقال علي رضي الله عنه ارى ان يجلد ثمانين جلدة انه اذا شرب سكر واذا

سكر هذا واذي هذا الخبر بحد المفتري انين فعل بقوله و
اشار ايضا عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه بذلك وقال اجعله كاخف الحدود
والحق ما نزل به هذا الجماع منع لا يجوز مخالفته ولم يخالف بعد
ذلك احد من الفقهاء الا الشافعي فان قيل كان ابو بكر انما جعله حد الذلة
جلد اربعين قيل له ليس كذلك لان الذي روي عنه انه جلد نجوبه
او بنعلين فلم يختلف العدد وانما اختلف الصفة وعلى ان الذي روي عن
ابي بكر فهو فعل والاجماع انما ينعقد بانقراض العصر ولم ينقرض
حتى اجمعوا من طريق القول على خلافه وقد روى ابو سعيد الخدري
ان النبي عليه السلام جلد في الخمر بنعلين اربعين فجعل عمر ذلك
مكان كل نعل سوطا فهذا اثبت ان العدد لم تختلف وانما اختلفت
الصفة ولان الاربعين توجعت حدا في العبد لنقصان فلا يكون نفسها
حدا في الحر كالخمسين فان قيل روي ان النبي عليه السلام جلد اربعين و
ابو بكر ثمانين وعمر اربعين ثم استشار الصحابة وجعله
ثمانين ولا يجوز ان يفعل عمر غير ما تلقى عليه الشرع قلنا انه زاد
عليه على طريق التعزير لان ذلك موكل الى راي الامام قيل له هذا لا
لان النبي عليه السلام لا يجوز ان تكل الحدود الى الاجتهاد فلا بد ان يكون قد شرع
حدا مقدرا فالرجوع الى علمه اولى من الرجوع الى من لا يعلمه وقد
روي انه ضرب بنعلين اربعين واما قيل انه زاد
ايضا فان الحدود لا يتم اليها التعزير الا اذا وجد سببه فان

ان النبي عليه السلام قال من اتيتموه فاقتلوه فان قتلوها فقال قد ذكرنا بوداود
عن ابن عباس قال السنة ان لا يجلد حد والاجود ان يتبع من النبي
عليه السلام انه امر بجلده ونقول لانه قد تلقى جلده بالقبول يحتمل ان يكون
النبي عليه السلام قال ذلك قبل ان يحد او اجاب ابن عباس عن المستحل قال
ومن زنا في دار الحرب او دار البغي ثم خرج الينا لم يقم عليه الحد لان الامام
لم يكن له يدا في وقت وجوب الحد فصار ذلك شبهة في سقوطه
وقد قالوا اذا اقر الرجل انه زنا بامراة غايبة ان الفتيا ان لا حد لان
المراة لو حضرت جاز ان يدعي عليه شبهة يسقط الحد عن المقر فلم
يجز استيفاء الحد مع تجويز الشبهة والاستحسان ان يحد لان
النبي عليه السلام انما اقر عنده ماعز بالزنا من غير حضور المراة بها فان حضور
المراة فانكرت ان يكون زنا بها قال ابو حنيفة له مع انكارها لا حد عليه
وقال زفر وابو يوسف عليه الحد وهو قول الشافعي وجه قوله
ان حضورها انما يفيد الماما ان يجعله زانيا بها او بغيرها والاجود ان
يجعله زانيا بها مع انكارها ولا يجوز ان يجعله زانيا بغيرها لانه خلاف
ما اقر به فلم يبق الا اسقاط الزنا وجه قوله ما روي في حديث سهل بن
سعد ان رجلا اقر عند النبي عليه السلام انه زنا بالمراة فانكرت المراة فحده
النبي عليه السلام قلنا احتمال ان يكون انكرت وطالبت بحد القذف
فحده كذا ذكر هذا الوضع الجرمي ضعفه فان قيل سقوط الحد عن
احد الزانيين لا يوجب سقوطه عن الاخر كما لو زنا مجنونة



قال ومن يشرب الخمر واجد ريحها او مرارتها فشهود الشهود بذلك
او اقر عليه الحد وذلك لان شرب الخمر سبب الحد والاسباب توجب
الحد تثبت بالشهادة وتثبت بالاقرار لدليل عليه الزنا والقذف
الا ترى انه لا يقبل الشهادة مع حدوم ريحها وذلك لان الشهادة يكون بحد
متقدم وقد دللنا على ان الشهادة لا يقبل بحد متقدم قال فان اقر
بعد ذهاب ريحها لم يحد وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد يحد وجه قوله ما روي ان رجلا اقر بشرب الخمر عند ابن
مسعود فقال لم يزده على ان قال هو هو اذا سكر هذى وجه قولهما
ما روي انه امر برد ما صدر منه من هذيان السكر وهو الاقرار
به فامر زايدا صدر الزنا وليس هذا ما بوكر به الا ما لا يزوجه قول
محمد ان الظن لا يلحق التهمة فما يقر به على نفسه فلم يؤثر التاخير في اقراره كحد الزنا قال ومن سكر من النبيذ حد وذلك لما روي ان ابا هريرة
رضي الله عنه عن النبي عليه السلام قال اذا سكر احدكم فاجلدوه ثم اذا سكر فاجلدوه
ثم اذا سكر فاضربوا عنقه فاوجب الحد بالسكر وهذا لانا قد بينا
في غير هذا الموضع ان الحد في الخمر يجب بنفس ما هو المحرم وهو
السكر من الاشربة غير الخمر وانه اذا شرب ما هو من السكر
فيحد ابو حنيفة ومحمد على ما مر وجه منه واحد الخمر اذا شربها
جاز ان يكون شربها مكرها او اجرها والحد يجب اذا شربها طائعا



قال الشهادة على الشهادة جايزة في كل حد لا يندرئ بالشبهات
وقال الشافعي لا تقبل في الحدود لان الشهادة على الشهادة انما
تقبل لضرورة خوف الموت او غيبة المشهود عليه ولا ضرورة في الحدود
لانها تندرئ بالشبهات ولنا ان الشهادة على الشهادة حجة شرعية
لاثبات الحدود كما في سائر الحقوق وما ذكره من الضرورة
ليس بشرط بدليل الشهادة على الشهادة في الاموال ولان الشهادة
على الشهادة انما تقبل اذا تعذر الاداء بالموت او بالغيبة
والتعذر ثابت في حق الكل فان قيل لو جعلناه قاذفا بالشهادة على الشهادة
لوجب عليه الحد لانه قذف محصنا بالزنا قلنا لا نسلم ان الشهادة على
الشهادة قذف لان القاذف من حكم برماه وليس كذلك الشاهد لان زعمه انه كاذب
انما هو بالنظر الى ما شاهده ولان المشهود عليه لم يحصنه فقبل قوله على نفسه وجه قوله ان
الشاهد بجوعه معتبر قاصار كالقاذف فلا يجوز ان يجعل
له بالعدد قاذفا ابتداء الا ترى ان كل واحد منهما بالشهادة على
انفراده لا يكون قاذفا ومن قذف انسانا
ثبت الحد على اصلنا اما الحد لا يورث عندنا واما الزوجية ترفع الحد
فالاصل فيه ان المعتبر لمن يشهد على الشهادة ان يقوم على الشهادة من
يثبت بشهادته ثلثة ارباع الحق والربع منتف بشهادة الراجع فلم
يرجع الحد به فلذلك لو كان المشهود خمسة فرجع واحد بعد الاستيفاء
لا شيء عليه لما كان يشهد به مستحق لشهادته غيره فلم يؤثر رجوعه
وقد قالوا لو كان المشهود ستة فرجع ثالثة ضمنوا ربع الدية
وقال الشافعي في احد قوليه نصف الدية وهذا لا يصح لما بينا ان المعتبر به
الضمان عند رجوع بعض شهود الاصل على الشهادة الا ترى انه لو
شهد اثنان لم يضمنا لما بقي على الشهادة من ثبت الزنا بشهادة

وقد بقي فيما ذكرنا من يثبت بشهادته ثلثة ارباع الحق والربع متلف
بشهادة الراجع فلزمه ذلك دون غيره فان قيل لو رجع
جميعا كان الضمان عليهم اسداسا فاذا رجع احدهم لزمه من الضمان
الا نفراده ما كان يلزمه هو الاشتراك على الرجوع اصلا واذا شهد اربعة
فرجع احدهم قبل ان يقضي بشهادتهم فقد شهد ثلثة واربعة الاثلاثة
وواجب الضمان فاذا رجع احد الاربعة فلم يلزمه الربع اعتبارا بما لو
رجع الانفراد وانما لزمه لانه لا فرق على الفور بين شهادة ثلثة
ارباعه فبقي الراجع ما فيه فكذلك هذا قال ش وان نقص
عدد الشهود عن اربعة حدوا وقد بيناه وكل قال ش واحصان
الرجم ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما وقد تزوج امراة نكاحا صحيحا
ودخل بها وهما على صفة الاحصان اما اعتبار الحرية فلان الاحصان
الذي هو بدل قوله تعالى فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على
المحصنات من العذاب يعني مثليهن يضاف الى الحر وامثاله واما العقل
والبلوغ فلان الاحصان لا يتم الا بهما واما الاسلام فلان الكافر
ليس من اهل الاحصان عندنا خلافا لابي حنيفة رحمه الله
لانه يعتقد ما يوجب الحد عليه ولنا ان الكافر ليس من اهل
الشهادة على المسلم فلا يكون من اهل الاحصان الذي يتعلق به
الشهادة على الزنا واما الاصابة في النكاح الصحيح فلان الاحصان
لا يتم الا بها عندنا خلافا لزفر رحمه الله له ان الاحصان
نعمة والنعمة لا تتم الا بالاصابة ولنا ان الاحصان عبارة عن
التزوج والتزوج عبارة عن العقد الصحيح لان الفاسد لا يفيد
الوطء واما الاصابة فانما تستفاد بالدخول
فلهذا جعلنا الاحصان بالتزوج والدخول
والمراد بالرجم المذكور في قوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات
من العذاب الجلد بالاجماع والثيب عبارة عن الواطئ
والموطوءة واما اعتبار الاحصان فلان كل
واحد من الاحصان لاحد الواطئين لا يوجب الاخر احصانه فلا يجلد
الا احدهما ولان الجلد لا يتنصف وقد رجم ابو بكرة رضي الله عنه
امراة شهد عليها بالزنا ولم يكمل الشهود وهذا يدل على ان
الاصابة في النكاح الفاسد لا تعتبر
في الاحصان وهو احد قولي الشافعي رحمه الله والقول الثاني
كقولنا لان الاصابة في النكاح الفاسد لا تثبت حرمة المصاهرة
فكذلك لا تثبت الاحصان فيه فقولها من الجلد
الى الرجم لا يتم من غير الجلد لما روي ان
علي رضي الله عنه جلد شراحة الهمدانية يوم الخميس
وقال جلدتها بكتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم
ثم رجمها يوم الجمعة وقال رجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم
وقال ابو حنيفة رحمه الله لا يجمع بين الجلد والرجم
لان ماعزا رجم ولم يجلد ولان الجلد حد ينفذ
كالقطع فان قيل روي في حديث عبادة ان النبي عليه السلام قال البكر
بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد والرجم قيل له هذا الجلد
منسوخ والرجم اخر ما نزل ولان الثيب عاصر من فحصن ومن لم يحصن
لم يحصن فيبعد ان يجمع الشيء واضده وكذا روي ان النبي عليه السلام قال
في قصة العسيف واغد يا انيس على امراة هذا فان اعترفت فارجمها
ولم يذكر جلدها قال ش ولا يجمع على البكر من الجلد والنفي الا ان
يرى ذلك مصلحة فنقول به على قدر ما يرى الامام على وجه التعزير وقال
الشافعي ينفيه سنة على وجه الحد وليستوي فيه الرجل والمراة وفي
المسئلة قولان لنا قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما
جلدة ظاهر الاية ان كل واحد جامع لهما فمن قال انه بعض الحد فقد زاد
هذه الاية وانت بنفسه حدا فانظر الطريق لا يثبت الا بالبينة او الزنا
على طريق الرواية كالقطع فان قيل روي عن ابي علي انه قال البكر الكر جلد
مائة وتغرب عام قبل له هذا الخبر متقدم على الاية فنزل الاية
له نسخ قلنا ان ابا علي لم يقل ذلك من تلقاء نفسه ولكن سمعه
عن القوم وكل شيء روي عن الصحابة عن عمر انهم عزموا انهم عزموا انهم
على انهم وقفوه على ما هو التعزير كما روي ان النبي عليه السلام نفى رجلا
ونفى عمر رضي الله عنه نصر بن الحجاج لان فتنة
لما رأى في ذلك من المصلحة وقد روي عن علي رضي الله عنه انه قال

شرط احصان القذف ما اعتبرناه من الاحصان فاعتباره اذا
هما او اذا كان حكم اعتباره ولا يلزم العفة لانه لا يتصور وجودها
واذا لا يتم شرطها وجه قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا
باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولان ابن عمر وابن عباس
رضي الله عنهم رجما السوداء بعد الجلد وانه رجمها قبل ان يجلدها
شرط ان يكون الشهود اربعة لما روينا ولان ما عز رضي الله عنه
لما اقر عند النبي عليه السلام بالزنا اعرض عنه مرارا حتى
تأكد الاقرار باربعة مجالس فلما شهد عليه الاربعة بالزنا عند
النبي عليه السلام رجمه ولان الزنا من الفواحش والتهمة
فيه قائمة فلا يكتفى فيه بما دون العدد الكامل قال ش ولا
يقبل شهادة النساء في الحدود لما بينا قال ش واحصان
القذف يتبعض عندنا وكل قال ش واحصان
الرجم ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما وقد تزوج امراة نكاحا صحيحا
ودخل بها وهما على صفة الاحصان اما اعتبار الحرية فلان الاحصان
الذي هو بدل قوله تعالى فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على
المحصنات من العذاب يعني مثليهن يضاف الى الحر وامثاله واما العقل
والبلوغ فلان الاحصان لا يتم الا بهما واما الاسلام فلان الكافر
ليس من اهل الاحصان عندنا خلافا لابي حنيفة رحمه الله
لانه يعتقد ما يوجب الحد عليه ولنا ان الكافر ليس من اهل
الشهادة على المسلم فلا يكون من اهل الاحصان الذي يتعلق به
الشهادة على الزنا واما الاصابة في النكاح الصحيح فلان الاحصان
لا يتم الا بها عندنا خلافا لزفر رحمه الله له ان الاحصان
نعمة والنعمة لا تتم الا بالاصابة ولنا ان الاحصان عبارة عن
التزوج والتزوج عبارة عن العقد الصحيح لان الفاسد لا يفيد
الوطء واما الاصابة فانما تستفاد بالدخول
فلهذا جعلنا الاحصان بالتزوج والدخول
والمراد بالرجم المذكور في قوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات
من العذاب الجلد بالاجماع والثيب عبارة عن الواطئ
والموطوءة واما اعتبار الاحصان فلان كل
واحد من الاحصان لاحد الواطئين لا يوجب الاخر احصانه فلا يجلد
الا احدهما ولان الجلد لا يتنصف وقد رجم ابو بكرة رضي الله عنه
امراة شهد عليها بالزنا ولم يكمل الشهود وهذا يدل على ان
الاصابة في النكاح الفاسد لا تعتبر
في الاحصان وهو احد قولي الشافعي رحمه الله والقول الثاني
كقولنا لان الاصابة في النكاح الفاسد لا تثبت حرمة المصاهرة
فكذلك لا تثبت الاحصان فيه فقولها من الجلد
الى الرجم لا يتم من غير الجلد لما روي ان
علي رضي الله عنه جلد شراحة الهمدانية يوم الخميس
وقال جلدتها بكتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم
ثم رجمها يوم الجمعة وقال رجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم
وقال ابو حنيفة رحمه الله لا يجمع بين الجلد والرجم
لان ماعزا رجم ولم يجلد ولان الجلد حد ينفذ
كالقطع فان قيل روي في حديث عبادة ان النبي عليه السلام قال البكر
بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد والرجم قيل له هذا الجلد
منسوخ والرجم اخر ما نزل ولان الثيب عاصر من فحصن ومن لم يحصن
لم يحصن فيبعد ان يجمع الشيء واضده وكذا روي ان النبي عليه السلام قال
في قصة العسيف واغد يا انيس على امراة هذا فان اعترفت فارجمها
ولم يذكر جلدها قال ش ولا يجمع على البكر من الجلد والنفي الا ان
يرى ذلك مصلحة فنقول به على قدر ما يرى الامام على وجه التعزير وقال
الشافعي ينفيه سنة على وجه الحد وليستوي فيه الرجل والمراة وفي
المسئلة قولان لنا قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما
جلدة ظاهر الاية ان كل واحد جامع لهما فمن قال انه بعض الحد فقد زاد
هذه الاية وانت بنفسه حدا فانظر الطريق لا يثبت الا بالبينة او الزنا
على طريق الرواية كالقطع فان قيل روي عن ابي علي انه قال البكر الكر جلد
مائة وتغرب عام قبل له هذا الخبر متقدم على الاية فنزل الاية
له نسخ قلنا ان ابا علي لم يقل ذلك من تلقاء نفسه ولكن سمعه
عن القوم وكل شيء روي عن الصحابة عن عمر انهم عزموا انهم عزموا انهم
على انهم وقفوه على ما هو التعزير كما روي ان النبي عليه السلام نفى رجلا
ونفى عمر رضي الله عنه نصر بن الحجاج لان فتنة
لما رأى في ذلك من المصلحة وقد روي عن علي رضي الله عنه انه قال

لما رأى فتنة قال ش واذا زنا المريض وجب عليه الرجم ولان
حد الجلد لم يجب حتى يبرأ وذلك لان من وجب عليه الجلد من المحصنين
لا حد له يشتمل عليه كما كان المقصود انه لا حد سواه يجب عليه الجلد ولان
ضرر ما سوى الملزم لم يأمن ان يزيد بالجلد وذلك غير مستحق
بالجلد وانما الجلد لاظهار الزجر والمريض لا يحتمل الزجر والبرء يرجى
قال ش واذا زنا المريض لم يجلد حتى يبرأ وكذا المريض ان
تعاقب مرضه وطال زمانه وهو ممن يرجى برؤه فانه يجلد في الحال
وهو قول ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يجلد حتى يبرأ
وهو قول الشافعي رحمه الله لان الجلد يتلف المريض غالبا
فاشبه القتل ولنا ان الجلد لا يتلف غالبا وقد يبرأ المريض
قبل البرء فلا يؤخر الحد الذي لا يتلف غالبا بالذي يتلف غالبا
واذا شهد الشهود على رجل بالزنا وقد احصن ولم يقطعوا عن اقامته حتى
زنا الامام بامراته او بامراة غيره فانه يجلد ولا يرجم لان الشهادة
على الزنا لا تشتمل على الاحصان والقذف يخالفه لان الشافعي يقول
يرجم لان الاحصان ثبت بشهادتهم وانما يسقط بالرجوع
وهو لم يوجد وانما يسقط بالرجوع قبل القضاء بشهادتهم
وقد قضى ولنا ان الشهادة على الزنا لا تتم الا بالاحصان
لان الزنا لا يوجب الحد الا على المحصن فكانت الشهادة
عليه شهادة على الاحصان ولهذا لا يقبل الا بشرط
الاحصان فيحصل
على انه قال قيل لما لا يكون الشاهد مخيرا بين ان يشهد عليه وبين ان
يشهد عليها بالزنا فقط فاذا اختار الشهادة عليه بالزنا فقط
فالظاهر انه اختار الستر الذي هو الاولى عنده فاذا شهد عليه فكأنه
اظهر ان لم يبق المندوب والاولى الامر بما هو الاولى عنده كما قلنا في شهادة

وسواء وطء في ملكه او في ملك غيره او اشتبه عليه الواطئ بالقوم او علم
وهو قول زفر قال ابو يوسف ومحمد اذا تزوج امة على حر انه
حر فكانت للمولى وغير محرمة والواطئ يعلم انها حرام فليس عليه
وعليها الحد اذا طاوعته وان كان لا يعلم فلا حد عليه وبه قال الشافعي والكلام
في هذه المسئلة يقع في ثلثة مواضع احدها ان وجد الوطء لا في ملك
في نفس المسئلة والثالث في ان مجرد العقد شبهة والرابع في وطء امة
اذا كانت ذات محرم منه والدليل على ان هذا الوطء لا يسمى زنا ان العقد
كانت تتناهد الحيوة بين يديه ويجوز بيده وانه ربما ظن ان ذلك يسمى زنا
ولان اولاد هؤلاء الزنا لا تنفك الكفار على هذا الوطء وان كان في الحكم
اقرارهم عليه واذا ثبت انه ليس بزنا لم يجب به الحد وهذا الدليل في نفس
المسئلة هذه انه وطء لو وجد من الكل لم يوجب الحد فاذا وجد من
المسلم لم يوجب الحد اصله اذا تزوجها شهرا فان قيل الذي يعتقد
اباحة هذا الوطء والمسلم يعتقد حرمته فافترقا قيل له اعتقاد الاباحة
لا يسقط الحد الا اذا انضم سبب موثر دليل ان من اعتقد اباحة الزنا
من الكفار لا يسقط الحد عنه ومن اعتقد اباحة الخمر لم يسقط الحد
عنه وكذلك اعتقاد المحرم مع وجود السبب وهو الزنا لا
يتعلق به الحد دليل وطء الابن جارية ابنه ووطء احد الشريكين جارية
المولى جارية الحيض نسيئة او للبائع اذا باع الزوج والدليل على ان العقد
في نفسه شبهة ان العقود المتكافئة احد منها تسقط الاحصنة

واذا ادعى الملك او وجد غير مبيع في الجارية المشتركة والجارية كان شبهة
كذلك العقد اذا وجد غير مبيع ولان العقد اخص بالاحة لان الوطء
الا يصح والملك وجد غير مبيع فاذا كان الملك شبهة فالعقد اولى والدليل
عليه انه اذا ملك اخته من الرضاعة فوطيها لم يجب عليه الحد انه وطء ملك
ثم تعلق به كوطء الجارية المشتركة والمكاتبة والطايفي وجه قولهما
انه وطء محرم على التابيد في غير ملك محرم على التوقيت فيتعلق به الحد
كالزنا واما اذا كان لا يعلم بالتحريم فلا حد عليه عندهم الان الشرع اثبت
شبهة الاباحة فاذا لم يعلم بالتحريم لم يجب الحد وقد روي ان رجلا كان
ضيفا لاهل بيت فجيء الجارية فاصابها فجاء ت انه زنا بها فكتب
فيه الى عمر رضي الله عنه ان كان يعلم ان الله تعالى حرم الزنا فاجلده واذ
كان لا يعلم فعلموه وان عاد فاجلده وهذا اذا كان النكاح بما تختلف
في اثباته مثل نكاح بغير الولي وبغير شهود وما اشبه ذلك فاحد فيه
وان كان يعلم الوطء انه محرم لانه اذا كان بعض الفقهاء الجيوه فهو
شبهة لان اجتهاد المجتهد يصلح للحكم للمستفتي امكان الحكم للمستفتي قال
ومن اتى بهيمة او امرأته المظاهر منها او عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند
ابي حنيفة ويعزر وقال ابو يوسف ومحمد هو كالزنا وقال الشافعي في احد
قوليه يقتل كل حال في قوله الاخر انه كالزنا فيجلد ان كان بكرا ويرجم ان
كان ثيبا وجه قول ابي حنيفة انا لا نسلم ان هذا زنا بدليل ان اهل اللغة
افرده وسموا الوطء في الفرج زنا وافراده بالاسم يفي الاشتراك

حرر الكلام على هذه المسئلة



بينه وبين غيره ولانه وطء لا يتعلق به وجوب حد الحرابة كالوطء فيما دون
الفرج ولان هذا وطء لا يبقى عند النكاح من الزوجة وملا يملك بعقد
النكاح فاستيفاء من الزوجة كاستيفاء من الاجنبية الدليل على ان
ما قلنا انه لما لم يجب الحد اذا استوفى هذا الوطء من الزوجة كذلك من الاجنبية
والذي تاله الشافعي في احد قوليه انه يقتل كل حال لانه هذا الاجراء
من تقدمه وجه قولهم ما روي عن النبي عليه السلام انه قال اقتلوا الاعلى والا
سفل فقيل له هذا جزاء الاعلى فما بال الاسفل فقال لان الاعلى فاعل
فاعقوبة لكل واحد منهم تليق به شيا وهي قصة مشهورة نقل على
خلاف ما ذكر اه يرجم وقال ابن عباس يرجم وقال يعصم بريء من شاهق الجبل
وهذا الاختلاف بدل على انه لم يثبت عندهم فيه شيء والذي روي عنهم في ذلك
والذي روي عنهم في ذلك خبر فتنة في حين يحتمل ان يكون فعل ذلك منسوخا
لانه يرجع كل احد بمثل ما اتاه والمثلة لا تكون الا لمن قتل غيره واذا
ثبت عند ابي حنيفة انه لا حد عليه كان عليه التعزير لان كل من اتى ما ليس
فيه حد ولا حد فيه ففيه التعزير واسقط الحد
فاذا اسقط الحد عنده وجب التعزير بالاجماع قال
ومن وطء بهيمة فلا حد عليه وقال الشافعي في احد قوليه عليه
وفي القول الاخر يقتل كل حال ومن اصحابه من قال فيما قولان ثالث
انه يعزر ولا يحد وهو قول اصحابنا لما بينا ان فعل الاسم زنا لا
يجب به الحد كالوطء فيما دون الفرج فان قيل روي عن ابن عباس

وان ضربها في الرحم جاز وذكر بعده روي ان النبي عليه السلام حفر للمعوذ من
وروي انه حفر لهما وقد يحصره الزمن وما اخذ حصاة مثل الخذفة
فرماها بها وقال اذا رميت صاحبك فاقتله فلما لقت اخرجها وصلى عليها
وقال لقد تاب توبة لو قسمت على اهل المدينة لوسعتهم ولان اذا اخذ
اجرة استوفى مكان اولى ان تترك الخمر بجامع ولانها مستورة بثيابها
قال ولا يقيم المولى الحد على عبده وامته الا باذن الامام وقال الشافعي
يقيم المولى الحد على عبده وامته اذا كان جلدا واحتجا بحديث علي
والقياس والقتل الذي ذكرتموه من قال لا يملكه كل قالوا والمذهب ان يملكه
لنا ان ولاية الامام ان يستوفيه لولاية الامام لا يملك غيره ان يستوفيه
لا يتولاه اصله حد الاحرار والخراج والجزية ولانها ولاية مخاصة فلا يملك
الحد لولاية الاجبار والرجم فان قيل روي عن النبي عليه السلام انه قال اذا زنت
امة احدكم فليجلدها فان زنت فليجلدها فان زنت فليبعها ولو بضفير
قلنا هذا امر والامر وذكر يقتضي الوجوب فالمراد الامر على انا نحمله عند
انا نعوذ به فلم يصر النسخ عن هذه المرتبة الى من يقيم الحد عليها وهذا
حمل على المولى او على من رضي المولى بان يقيم الحد عليها وذلك المولى
كما قال زياد ان العبد يسرق ويشرب فان قيل يملك بزوجها فاخذ من الدين
فوجب ان يملكه اقامة الحد عليها قلنا الامام قبل الامام لا يملك التزويج الا بشرط
الصغار والصغار لا يحصل بالحد ولان النكاح ولاية مخاصة فلا يستدل
بها على ان تملك الحد كالاب والابن ولاية مخاصة على ما قلنا ولهذا

قال واذا رجع احد الشهود بعد الحكم قبل الرجم ضربوا الحد ولم يرجم
ذكره قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يرجم الراجع خاصة وقال الشافعي
في احد قوليه لا حد على الراجع لما بيناه ولما وجوب الحد على الراجع فلا
شبهة فيه لانه اقر على نفسه بالزنى والكذب فيما قذف فلزمه الحد باقراره
واما وجوب الحد على الباقين فوجه قولهما ان الطارئ على الشهادة وهو الرجوع
قبل الاستيفاء كالمقترن بها في الابتداء بدلالة رد الشهود ولو رجع احدهم
قبل الحكم بشهادتهم وجب الحد عليه اجماعا على ما ذكر بعد هذا ونحن نقول
على ذلك مع الشافعي اذا لو شهد ابتداء اثنان حد وا كذلك اذا رجع احدهم
بقي ثلثة فكانهم شهدوا ابتداء وجه قول محمد ان الشهادة قد صحت
لقيام الحكم فلو يصير الراجع عن الشهادة كالراجع عن الحكم بعد الاستيفاء ولانه
هذا رجوع قبل الحكم لان صحة الشهادة موقوفة على الحكم بدليل
ان رجوعه ابطال الشهادة بعد صحتها ولا خلاف بين اصحابنا ان رجوع
احدهم قبل الحكم بالشهادة توجب الحد عليه اجماعا على ما لا يخفى واذا كان
رجوعه خاصة وجب قول اصحابنا ان الطارئ على الشهادة قبل الحكم بها
كالموجود في الابتداء بدليل عدم الشهود ورد يمين ولو شهد في الابتداء
عبد او اعمى او محدود في قذف ثم ولو شهد على الزنا محصن
شهادتهم فالرابع يصير قاذفا نفسه في اجماعهم الا زفر ودون عشرة
قال واذا رجع احدهم بعد الرجم حد الراجع حد قذف عند ابي
حنيفة وقال زفر لا حد على الراجع وجه قوله ان الراجع صار قاذفا

Uploaded to Archive.org by Muhammad Ali Mirza Digitized by Sarai Research Center and Taleem Trust

زيادة صحته ثم بعود كحد الزنا لقوله تعالى ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله فاما
حد السكر فلا يعود لانه وجب زجرا عن السكر لا لتعلق سبب شبيه بسبب حد
الزنا وقد روي عن علي رضي الله عنه ان الشارب كان في زمن النبي عليه السلام يجلد
بالنعال واثنا نقول في زمن عمر رضي الله عنه الجلد ولهذا روي عن علي رضي الله عنه
انه قال ما من رجل اقمت عليه حد من حدود الله فمات فاجبت ان
ديته الا شارب الخمر فانه لو مات بحد فلا دية له لانه فعل ما فعلناه بامرنا فاذا كان كذلك
فلم نجد بدا من ان نجعله قاذفا بالزنا وقد قال في حد القذف لا ينزع عنه غير الحشو والفرو وكذلك روي عن الشعبي ولان
المقصود وصول الالم اليه ليقع به الزجر وذلك غير موصول الا في هذا
ينزعه قال ويفرق الضرب على اعضائه الا راسه وفرجه ووجهه
وذكر الكرخي اذا جمع الضربات كلها ولم يفرق يخاف ان يؤدي الى التلف وذكر
بعد هذا ان النبي عليه السلام امر السارق اذا قطع ان يحسم حتى لا يؤدي
الى التلف الذي ليس بمستحق وكذلك هذا فعلى هذا ينبغي ان تتقي المواضع التي
يؤمن منها التلف دائما نحو الرأس مقتل والفرج مقتل والصدر والبطن مقتل
والوجه وان لم يكن مقتلا فيه اليصور الشين ولا يؤمن التلف بعضها وقد روي
ان عمر رضي الله عنه قال لجلاد ابق الرأس والوجه قال ويكون الضرب
جلدا بين جلدين كذلك روي لقوله تعالى واذا احصن فان اتين بفاحشة فعليهن
نصف ما على المحصنات من العذاب والمراد في الجلد وهو الرجم فلان الرجم لا يتنصف
واذا ثبت ان حد الامة يكون على النصف من حد الحرة فكذلك حد العبد لان حكمه
حكمها والحد الموروث في حد الامة هو الرق وذلك موجود في العبد قال فان رجع

المقر عن اقراره قبل اقامة الحد او في وسطه قبل رجوعه وخلا سبيله وذكر
الاوزاعي ان ماعزا لما اصابته حجارة هرب فذكره لذلك النبي عليه السلام فقال
هلا خليتم سبيله فجعل النبي عليه السلام هربه دليلا على الرجوع واسقط به الحد ولان
يسقط بصريح الرجوع اولى ولان النبي عليه السلام لقن المقر الرجوع فقال له لعلك
قبلت لعلك لمست وقال للسارق ما اخالك سرقت فلو لم يكن الرجوع
لم يكن لهذا التلقين وجه وقد قال اصحابنا اذا شهد على الزنا اقل
من اربعة او على اربعة بعضهم محصنون او على محصن واحد وهم عدول
ولا يعلمون به حكم بشهادتهم لظهور انها بقيت بعد الرجوع فاذا اقر بعضهم
وبقي اقرار بعضهم واحدة وقد قلنا ان الحد لا يثبت باقرار مرة واحدة
فان قيل كان ينبغي ان لا يقبل الرجوع حكم بها اذا قبل الاقرار حتى يرجع بها الى
البينات قيل اقرار سائر الحقوق يبقى اذا قامت البينة فيها التصديق ايضا
وقضي بالاقرار قال ويستحب الامام ان يلقن المقر الرجوع بقوله
لعلك لمست او قبلت وذكر الحاوي ان النبي عليه السلام لما رجم ماعزا رجمن الاحبش اقر
وقاله لعلك لمست وقال للسارق ما اخالك سرقت قال والرجل والمرأة
في ذلك سواء لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة وروي
عبادة بن الصامت ان النبي عليه السلام قال لما نزل قوله تعالى او يجعل الله لهن سبيلا
خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا البكر جلد مائة
والرجم قال غير ان المرأة لا ينزع عنها من ثيابها الا الفرو والحشو
وذكر الكرخي انها تنزع ثيابها الا ما يستر عورتها قال

او مائتا عشرة دراهم مضروبة او غير مضروبة من نوع لا تنفق فيه وجب القطع اعتبارا بالعدل والنوع فان النقد عندنا هو الغالب والاعتبار بالغالب لا بالاصل الا ترى ان الفلوس الكاسدة في حق الصبي والمجنون واما اعتبار المقدار في القطع فلما روي ان رجلا جاء الى النبي عليه السلام فقال يا رسول الله كيف ترى في حريسة الجبل فقال فيها ومثلها والنكال فاذا جمعها المراح قطع اليد فيما بلغ فلان الحد يجب المقصود من كل نوع الا ترى ان حد الزنا يجب بالوطء في الفرج وحد القذف يجب بالقذف الى اخر ما ذكرنا فلما اختلفوا في المقدار الذي يجب فيه القطع قال اصحابنا لا يجب القطع فيما اقل من عشرة دراهم او مائتي عشرة دراهم وعن ابي حنيفة واحد قوليه ان فيما اقل من ذلك ربع عشر ما فيه وعن ابي سعيد البردعي فيما اقل من اربعين وعن عكرمة اربعة اواق وقال مالك ثلاثة دراهم او عن الحسن البصري يقطع في القليل والكثير وهو قول الخوارج وقال الشافعي ربع دينار او مائتا درهم دليلنا ما روي عن النبي عليه السلام انه قال لا يقطع السارق الا في ثمن المجن الحديث رواه عامر بن سعد عن ابيه عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده وعائشة ولا يجوز ان يكون مراده به مجنا معينا لانه ذكره بالالف واللام وذلك يقتضي التعريف ولانه عليه السلام اخرج الكلام مخرج التقدير وبيان النصاب فلا يجوز ان يقدر ذلك بما لا يتقدر ولم يبق الا ان يكون اراد مجنا بعينه وقد اختلف اسلافنا في قيمته فروى عطاء عن ابن عباس قال كان قيمة المجن الذي قطع فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم وروى عطاء عن ابن عباس



والتعزير اكثر من تسعة وثلثون سوطا وان كان من الجلدات فهو قال ابو يوسف رحمه الله بالتعزير خمسة وسبعين سوطا وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ما روي عن النبي عليه السلام انه قال من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين روى ابو يوسف ومحمد بن الحسن قال قال ابو حنيفة رحمه الله قال النبي عليه السلام اكثر من عشر جلدات الا في حد من حدود الله تعالى ولان الاربعين حد كامل ثم جاوزوا استيفاءه على وجه التعزير اصله القطع وجه قول ابي يوسف ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال في التعزير خمسة وسبعون سوطا فان الجلود في البلدان تتفاوت منها خمسة ومنها ستة وقد روي بن سماعة عن ابي يوسف انه اعتبر ما يراه الامام في كل نوع فيعتبر كل شيء نوعه على حدة

فرع اذا رأى الامام ان يرفع الى المعزر في التعزير الحبس فعل وذلك لان الغرض الزجر عن ارتكاب الفعل وذا قد يكون في التعزير بالحبس لا بالضرب فان الحبس يمنع الجاني من الفساد كما يمنع الضرب وله ان ينقص من الضرب ويزيد قال واشد الضرب التعزير بالسوط حد الزنا ثم حد الشرب ثم حد القذف وقد بينا ذلك في حد الزنا قال ومن وجده الامام او عزره فمات فدمه هدر اما الحد فظاهر لانه عليه السلام لم يضمن من قتله الحد وكذا التعزير لانه فعل ما له فعله ولانه لو لزمه الضمان لتعذر استيفاء العقوبة فيه كما يستوفى بنفسه واما التعزير بقوله في احد قوليه يلزمه الضمان في ماله وفي قوله الخر في بيت المال لانا اذا عقوبة يستوفيها الامام بالولاية على المستوفى فلا يكون مضمونة عليه كالحد او عقوبة يستوفيها لازالة الفساد عن دار الاسلام



فصار كالعروض قال قيل ضرب بادنى عروض قدروه به لاستصلاح المضروب به لانه يكون اغلظ قدره ومقدرا من اصل ضرب الرجم اما ما ذكره فلانا نسلم انه غير مقدر لان اقله مقدر بما ذكره واكثره بتسعة وثلثين واما مقدر بالرجل اما ان فلا نسلم انه يستوفى بنفسه فان الفساد كما يكون في الاجير المستوفى به الا ان منفعته وهو الضرب لا تتقوم الا بالاجير فلذلك كان مضمونا عليه وليس كذلك التعزير لان الامام يستوفيه لمنفعة المسلمين وصار كالحد قال واذا حد المسلم الذمي فمات فلا ضمان عليه لانه فعل ما له فعله ولانه لو وجب الضمان لوجب على بيت المال لان الحد وجب لله تعالى وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال الشافعي رحمه الله عليه الضمان في ماله لانه قتله بغير حق فصار كما لو قتله ابتداء ولنا ان الامام نائب عن الله تعالى في استيفاء الحدود فيكون فعله مضافا اليه تعالى ولا ضمان عليه في فعل يضاف الى الله تعالى ولان الحد وجب لدفع الفساد عن دار الاسلام وذلك يحصل بالقتل كما يحصل بالجلد فلا يجب الضمان بالقتل كما لا يجب بالجلد ولان الحد وجب لله تعالى والله تعالى لا يضمن لانه لا يتصور ان يكون له مال يضمن منه ولا يجوز ان يكون الضمان على الامام لانه نائب عن الله تعالى في الاستيفاء فلا يضمن ما يستوفيه كالسارق لا يضمن ما قطع به اصله ما روي ان رجلا قال قبل رجوع علي رضي الله عنه انه لا يقطع السارق الا في ثمن المجن فقال علي رضي الله عنه انه لا يقطع السارق الا في ربع دينار فان قيل روي عن عائشة رضي الله عنها انها قالت كان لا يقطع يد السارق الا في ثمن المجن ولم تكن المجن يومئذ الا بثلثة دراهم قيل له هذا حديث اختلف فيه اهل العلم رفعه الى النبي عليه السلام واكثر وقفا عليها قيل له هذا احد ما اختلف فيه اهل العلم رفعه الى النبي عليه السلام واكثر وقفا عليها ومن وقفه اولى لان الخلل عن الرواية ذكره وقيل روي عن عائشة انها قالت كان لا يقطع يد السارق الا في ثمن المجن ولم تكن المجن يومئذ الا بثلثة دراهم فلا يجوز ان يكون قولها ان المجن كان يومئذ بثلثة دراهم اخبارا عن مقدار قيمته في ذلك الوقت لان ذلك يختلف باختلاف الاوقات فعلم انها اخبرت عن مقدار ما كان يقطع فيه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد روي ابن سماعة عن محمد فيمن سرق عشرة دراهم نبهرجة لا يقطع وجه قول ابي حنيفة ان النصاب اذا تلف يتقدر بقدر ما يستوفى به وغير صالح لصيانة الزكوة وجه قولهما ان النبهرجة فضة فيها غش مضروبة فصار كالنقصان من طريق الوزن وقد قالوا انه يعتبر عشرة دراهم وزن سبعة لان الخلاف اسم الدراهم بتنا واذ ذاك دليل نصاب الزكوة وهذا دليل ما ذكرنا واما اعتبار الخبر فلان النبي عليه السلام

عن ام ايمن قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يقطع يد السارق الا في حجفة او ترسه ثمنه يومئذ على عهد رسول الله دينار او هي عشرة دراهم وروي نافع عن ابن عمر قطع رسول الله في مجن قيمته ثلثة دراهم وعن انس كان قيمته خمسة دراهم فلما اختلفوا في قيمته كان الرجوع الى اكثر ما قيل اولى الا ترى ان المقومين لو اختلفوا في مستهلك فشهد اثنان ان قيمته عشرة وشهد اثنان ان قيمته اقل وجب الاخذ بالاكثر لانه يظهر اثبات الفضل بشهادتهما وقد بقينا وجوبه عند اخذ العشرة ولم يتفرد لكل واحد منهما بشهادته فوجب ان يستقر ضمانا باستهلاك السارق فلا يسقط القطع به اصله ما دون ربع دينار فان قيل روي عن عائشة انها قالت لا تقطع السارق الا في ربع دينار قلنا هذا لا يصح لانه خلاف ما رفعه الى النبي عليه السلام واكثر وقفا عليها قيل له هذا احد ما اختلف فيه اهل العلم رفعه الى النبي عليه السلام واكثر وقفا عليها ومن وقفه اولى لان الخلل عن الرواية ذكره وقيل روي عن عائشة انها قالت كان لا يقطع يد السارق الا في ثمن المجن ولم تكن المجن يومئذ الا بثلثة دراهم فلا يجوز ان يكون قولها ان المجن كان يومئذ بثلثة دراهم اخبارا عن مقدار قيمته في ذلك الوقت لان ذلك يختلف باختلاف الاوقات فعلم انها اخبرت عن مقدار ما كان يقطع فيه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم واما قول ابي حنيفة رحمه الله ان النصاب اذا تلف يتقدر بقدر ما يستوفى به وغير صالح لصيانة الزكوة وجه قولهما ان النبهرجة فضة فيها غش فصار كالنقصان من طريق الوزن وقد قالوا انه يعتبر عشرة دراهم وزن سبعة لان الخلاف اسم الدراهم بتنا واذ ذاك دليل نصاب الزكوة وهذا دليل ما ذكرنا واما اعتبار الخبر فلان النبي عليه السلام

لا اصل له لان من لقيه من حفاظ الحديث ينكره ويقولون لا اصل له
اصلا وهو ايضا مرسل فلا يلزم العمل به على قولنا وقوله ثانيا لان
ثقات اصحابنا رووا الحديث قد ذكرنا انه لا يكون حجة عليه فان قيل روى
ابو بكر بن ابي شيبة في مصنفه ان عليا رضي الله عنه قطع يد سارق ثم اتي به
فقطع رجله ثم اتي به فقال اني لاستحي ان اتركه ليس له يد يأكل بها ويستنجي بها
ولا رجل يمشي بها فقاربنا وذكرنا بناء على هذا انه لا يصح على الشرط
فيه خبرا ولو صح لم نجز له عن ذلك فان قيل ما سقط القطع في السرقة
بقطعه كان يجب ان لا يسقط القطع كاليمين بيان هذا ان الحد اذا وقع اليد
اليسرى سقط القطع فقيل له اليد اليمنى يجوز ان يستحق بها قطع
الطريق او امرة فجاز ان يستحق في السرقة واليد اليسرى والرجل
اليمنى لا يستحق في المرة الاولى من قاطع الطريق كذلك لم يستحق في
السرقة وان تكررت واذا ثبت انه لا يقطع في الثالثة والرابعة خلد
الحبس لان الفعل المنكر لا بد له من زجر وقد سقط ذلك القطع ولم يبق
الا الزجر والحبس والضرب قال واذا كان السارق اشل اليد
اليسرى او اقطع او مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع لانا لو قطعناه
ادى الى ابطال منفعة الجنس وذلك لا يجوز ان يستوفى في السرقة كما
لو قطع يديه قال ولا يقطع السارق الا ان يخرج المسروق
منه فيطالب بالسرقة وذلك لما روي عن عمر رضي الله عنه انه
اتى النبي عليه السلام فقال يا رسول الله اني صوفت حلا لبني فلان فارسل



يمكن من القطع فيها فكان ابقاء من الايدي الا ما يقطع ذكر
عصره فقال وان اخذ المال مسلم او ذمي او المأخوذ اذا قسم
على اصحاب الحرابة اصاب كل واحد عشرة دراهم فصاعدا او قاربه
الامام اربع ورجلهم من خلاف والكلام في اخذ المال تابع لما سبق
منها ان قطع الطريق على الوجه المعلق به الحد كان للمسلم كما للذمي
لحظور على التأبيد تصاريف اهل الاسلام ومنها اعتبار النصاب وهو
عشرة وقال الحسن بن زياد عشرون بوجه قوله ما ذكرنا ان حد قاطع
الطريق حد سياسة الاموال تبع في ذلك قاطع الطريق لاخراج المقتول
لان الاموال انما تقتل لتمكن جدال المال والحد الذي يحتال المال يعتبر
فيه نصابا وبقدر عشرة اصله السرقة وجه قول الحسن ان في السرقة
قطع طرف واحد بعشرة فاذا كان قاطع الطريق قطع طرفين جاز ان يزيد
نصابين وهو ان الاحكام المذكورة في الآية على الترتيب اهل التخيير
وان كان ظاهر اللفظ التخيير وقد روي عطية العوفي عن ابن عباس ان الحد
على الترتيب دون ابراهيم فقال لانه لو كان على التخيير جاز للامام ان
يقتصر على القتل في احد القاتل الاخذ المال وهذا لا يقوله احد ولا من خرج
ولم يفعل شيئا فقدم بالمعصية وذلك لا يوجب القتل كالعزم على سائر المعاصي
واذا ثبت ان في الاحكام الآية ليست على التخيير صار التقدير ان يقتلوا او يقتلوا
او يصلبوا ان قتلوا واخذوا المال وان قتلوا واخذوا المال او يقطع ايديهم وارجلهم ان اخذوا ولم
ينفوا من الارض اذا اخافوا السبيل وهذا معنى صحيح لانه اذا اخذ المال



عامه كان حده القتل كما كان في قطع الطريق الا ان تعلقه في سقوط
القطع عن الطريق ان قطع الطريق به اعتبار بالقصاص وان قتلوا واخذوا المال
جمع عليهم القتل والصلب فيقتل كل واحد منهم ان شاء الامام
وان شاء صلبه حيا يترك على خشبة حتى يموت جوعا وعطشا
وان شاء قتله بالحربة ثم صلبه قال
وليس للاولياء عفو اذا قطع الامام حد الطريق لان الاول عفو لم يلتفت
اليه عفو الامام وهو قد قال في السير الكبير لو ان الامام قطع يد رجل
لسارق ثم ان المسروق له عفا عنه لم يكن للامام ان يعيد عليه القطع
لان عفوه لا يصح وقد قال في السير ايضا اذا قتل رجلا لقصاص ثم
عفا عنه الاولياء لم يكن للامام ان يقتله بعفوهم وقال الشافعي رحمه الله
لا اقامه وقال زفر رحمه الله يعاد لان الحدود لا تسقط بعد ما رفع الى الامام فلا عفو لهم
بعد ما قال فان قتلوا واخذوا مالا فالامام مخير ان شاء قطع
يمينه ورجله وقتله وصلبه وان شاء قتله وان شاء صلبه وهذا الذي
ذكره قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا يقتله من الصلب قال محمد
لا يقطع ولكن يصلب ويقتل وهو قول الشافعي وجه قول ابي حنيفة ولابي يوسف
في القتل ان القطع والقتل في قاطع الطريق حد واحد بدلالة انهما يجبان
لمعنى واحد وهو ما يحصل به اخافة السبيل وافساد الارض وانه يقتل
ليتمكن من اخذ المال واذا كان ذلك حدا واحدا لم يجمع بعضه مقام بعض حدا
كحدي الزنا فان قيل لو كان كذلك لم يجز للامام ان يقتصر على القتل
قيل له لا يجوز الا ان الترتيب لا يجب على الامام فاذا ابتدأ بالقتل سقط
القطع من طريق الحكم لتعذره وجه قول محمد ان زيادة ان النفس
النفس اذا اجتمعا لحق الله تعالى سقط اعتبار ما دون النفس

وعجز الجوهري لا يسقط القطع حتى يقتل السارق ويقبض قبل الظفر
ويسقط القطع عند ابي يوسف حتى يكون كأحد نساء من الاخذ
الرجوع القطع وعنه رواية اخرى انه يقطع وهو قول زفر وهو قول
الشافعي وجه ما ذكره ان ما لا قطع في عقوبته لا وجوب القطع كالمال
اذا لم يقطع فيها فاذا انتفت فيها فقد ظهر احياء المال وهو ان وجوبا
لا بتة اسقط القطع كالمال ولنا ان السارق وجب عليه قطعان
ج فلم يجز ان يقطع فاذا انتفت فيها فقد ظهر احياء المال وهو ان وجوبا
الاجزاء الناقصة وهو ان على السارق فكانا باقيا وصار المذهب
قاد جميعا وليس كذلك فصل الآية لا ليس فيهم ان عليه فلا يكون
ان ابي قال ومن سرق مرتين فقطع بهما ورد هما ثم عاد فسرق
ع عالما لم يقطع قال يقطع وقول يزيد مثله وهو قول الشافعي
لما ان القطع يتعلق بالعين والفعل بدليل ان القطع متى سقط
خل ضمان العين فاذا كان يقطع الفعل في غير لا يتعلق به قطع واحد كذلك
يقطع وليس بجزء ولا عدد ولا عدد يتعلق حرمة بين فتكراره فيما
لا يتعلق به اكثر من حد واحد كالزنى وجه قول ابي يوسف ان عين السرقة
حين سارقها قطع فاذا اسرقها سارقها قطع اصله الغزل اذا قطع ثم
ثم نسج واذا اسرقها من صاحب الجزء قلنا ما وجد بالنسج فزاد العين
عين اخرى فلا نسلم ان سارق الغزل هو سارق الثوب وما ذا اسرقت
من صاحب الثوب الذي لا يسلمه وبعد ان سلمنا ان سلمه وجزء من

ذكر في الجامع الصغير ان ابا يوسف رجع عن هذا القول وقال لا قطع عليه لان السرقة لا تتكرر وهذا لان السرقة اخذ المال على وجه الخفية وهذا المعنى لا يتكرر بتكرر السرقة فان من سرق مالا ثم رده ثم سرقه ثانيا لا يكون سارقا مرتين بل يكون سارقا مرة واحدة وهذا لان السرقة اخذ المال على وجه الخفية وهذا المعنى لا يتكرر بتكرر السرقة فان من سرق مالا ثم رده ثم سرقه ثانيا لا يكون سارقا مرتين بل يكون سارقا مرة واحدة وهذا لان السرقة اخذ المال على وجه الخفية وهذا المعنى لا يتكرر بتكرر السرقة فان من سرق مالا ثم رده ثم سرقه ثانيا لا يكون سارقا مرتين بل يكون سارقا مرة واحدة

فصله السارق فاذا زال وجه الخيانة في المولود ان الزاني السارق اجنبي فيه
حد ان قد انفصلا ولم يشركه في سرقته الا واحد واحد على ما بينا قال
بعضه مقام جميعه ذلك فزال قطع اخذ المال ولم يقطع لانه اخذ المال
لاخلوه العقابة فصار كما لو اخذ ما لا من سقاية ليس عنده احد
واذا اخذ المال ثم قتل اجتمع بين القطع والقتل لان وجب حد القطع بالاخذ
ثم لزمه القتل القتل يجمع بينهما وما نجوز ان نترك الصلب فوجه قول
ابي حنيفة وجه ان الذي علم ان يصلب الجمع بين كلهم ولان المقصود
القتل وقد حصل فلا معنى لاعتبار غيره وجه قول ابي يوسف ان الله تعالى
قد نص على الصلب فدل على انه مقصود فلا يجوز تركه كما لا يجوز ترك
غيره مما نص عليه قال يصلب حيا ثم يطعن بطعنة يموت بها ان
شاء الله وذكر ذلك الشيخ ابو الحسن الكرخي عن ابي يوسف وقد ذكر الطحاوي
وي ان الصلب بعد القتل عند ابي حنيفة وبه قال الشافعي وجه ما ذكره
الطحاوي ان النبي عليه السلام نهى عن المثلة ولان في صلبه حيا زيادة تنكيل في المثلة
على ما مر ولان الشرع لم يجز فعله كما لا يجوز تركه حيا مصلوبا حتى تعرف وجه
ما ذكره في الكتاب ان الله تعالى نص على الصلب جزاء الحد وما كان حدا فالواجب
جزء فعله في حال الجريمة كغيره ذكر ما نص عليه قال ولا يصلب اكثر
من ثلثة ايام لان المقصود منه اشتهار امره ليقع به الزجر وذلك يحصل بهذا القدر
وبعد ذلك تغير ويستقذر الناس رؤيته وقد ادى قال وان كان
فيهم صبي او مجنون او ذا رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين

وصار القتل ابتداء وانتهاء واعفوا وجد الذي ذكره قوله
وهو قول الشافعي لان السرقة لا تتكرر والمجنون اخذ ناقصا فلا يتم الباقي وان كان
اصل الفعل الاجنبي الباقي اجزى لكنه وجد قبل الجناية والجناية
جزء الجريمة بدليل جريان الحد في العين فصار حضور الصبي كشبهة
سقط الحد عن جميعهم لان الصبي ليس له اهل فقد شاركهم في سبب الحد من
لا حد عليه بنفس الفعل فيتمكن شبهة فسقط الحد عن جميعهم كالمحلل والعاقد
اذا اشتركا وجه قول ابي يوسف ان الحد عن الشافي اخذ المال وقد حصل ذلك
بفعل جامع فصار حضور الصبي والمجنون كحضور الميت لانه لما
لم يتعلق بفعله صار بمنزلة شبهة في سقوط الحد عن الباقين وكان الشيخ
ابو بكر الرازي يقول قوله او كان ذا رحم محرم محمول على ان المال المأخوذ
مشترك بين من قطع عليهم فان كان لكل واحد منهم مال معروف فان الحد يجري
عليهم لان حد من ذي الرحم لا يتعلق به حد الاخذ من غيره فيتعلق به حد واحد
مفردا فصار كجماعة سرقوا مالا لاحدهم في شركة واذا سقط الحد عنهم
واذا كان فيهم صبي او مجنون فرق الاموي فان كان قتل عمد وجب القصاص
على الباقين وان كان مما لا قصاص فيه كالخطأ وشبه العمد فان الاخذ لما تعلق به الضمان
قال اخذ فعل واحد منهم اجزى الحد على جميعهم وقال الشافعي في الباب
خلافه لانه حكم يتعلق باخذ مال فاستوى فيه العقابة فاستوى فيه الجماعة والرد
كالغنيمة فان قيل حد الزنى يجب بارتكاب معصية ظاهرة على العين كحد الزنى قلنا
المقصود من السرقة حد الحد الذي ذكرناه لا حصول العين والمقصود قائم

ورد في بعض نسخ الهداية ان الزنى لا يتكرر كالسرقة وهذا لا يصح لان الزنى يتكرر فان من زنى مرة ثم تاب ثم زنى مرة اخرى يتكرر عليه الحد ولا يسقط عنه بالتوبة وكذا السرقة تتكرر فان من سرق مالا ثم رده ثم سرقه ثانيا يتكرر عليه الحد ولا يسقط عنه بالرد وكذا الزنى يتكرر فان من زنى مرة ثم تاب ثم زنى مرة اخرى يتكرر عليه الحد ولا يسقط عنه بالتوبة

الطريق بعد من المعين وهذا اذا تمكن المجني عليه الحد وقد قال ابو حنيفة
رحمه الله اذا قطع الطريق على ابن السابلة المصر الا اقارا وقال ابو يوسف
الا مصار وغيرها سواء اذا كانت لهم عليه ولاية وجه قوله ان الا
مصار طريق العموم فيها غالبا فيخرج الفعل من حد المغالبة ويجري
الا مصار فلا يتعلق به الحد وجه قول ابي يوسف ان الحد انما استوى في سببه لتساوي
في الزنا الحجاب انما عدم الاحتراز عن المحرم وهو الاختلاف الكامل والغلبة
وذكر الحصاف في غير الحصن تتعلق به الحد والمشهور عن اصحابنا ان الامصار وما
جرى مجراها قاطع الطريق وقال الطحاوي النساء والحال وهو قول الشافعي
وجه قوله ان الحد يتعلق بالحرابة والمغالبة وفعل المحاربة فيما يتعلق به المنعة
لانه لا يمكنه اصلاء اذا حضرت الغوث انه لا يسمع نداءه اذا ثبت هذا قلنا اذا شا
وي ان الحد لا يختلف فيه الرجل والمرأة كسائر الحدود واذا ثبت هذا قلنا اذا شا
وكما غيرها سقط عنه الحد لانه شاركه في سبب الحد من لا حد عليه بنفس الفعل
وعلى قول ابي يوسف عليه الحد من لا حد عليه ان يباشر الرجل الاجنبي كما يباشر الصبي
والمجنون وان اذا تاب قاطع الطريق قبل ان تقدر عليه سقط الحد عنه
لقوله تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فاعلموا ان الله غفور رحيم
وي ان الحارث بن يزيد قطع الطريق ثم تاب قبل ان تقدر عليه فكتب
على ابن الخطاب رضي الله عنه وجهه الى عامله بالبصرة ان جارية بن يزيد خرج محاربا
لله تعالى ولرسوله ثم تاب واصلح قبل ان تقدروا عليه فلا تعرضوا له الا بخير

## كتاب الاشربة

اعلم ان الكلام في هذا الكتاب يقع مرتبا على ما ورد الشرع بتحريمه من الاشربة وما في معناها فالاصل ان الاشياء كلها على الاباحة الا ما ورد الشرع بتحريمه فما كان فيه اذى خارج عن الحيوان والاشربة كلها اباحة بالعقل الا ما

ورد الشرع بتحريمه قال رحمه الله الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلا واشتد بالزبد والعصير اذا طبخ حتى ذهب اقل من ثلثيه ونقيع التمر والزبيب اذا اشتد ولا يحصل شيء من هذه الاربعة الخمر لما روي عن عمر رضي الله عنه على المنبر قال نزل تحريم الخمر يوم نزل وهي من خمسة من العنب والتمر والحنطة والشعير والذرة والخمر ما خامر العقل وقال عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والكرمة وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال نزل قوله تعالى يسئلونك عن الخمر والميسر اولا فنزل قوله تعالى انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه الى قوله فهل انتم منتهون فقال عمر رضي الله عنه انتهينا ولان تحريم الخمر معلوم من دين النبي عليه السلام بالضرورة وانه كان يدعو الى ذلك ويندب اليه كما علم من دينه وجوب الصلوة وصوم رمضان واما صفتها فالذي ذكرناه في الكتاب هو قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف هي خمر اذا اشتدت وان لم يقذف بالزبد وجه قول ابي حنيفة ان الاصل في العصير الاباحة والتحريم انما ثبت بدليل شرعي وقد زالت الدلالة على حرمته اذا قذف بالزبد وما قبل ذلك على اصل الاباحة ولانها بلغت غاية الحد بحيث المقصود كل نوع فاشبه ما لو بلغ الغاية بنفسه بخلاف

ذلك لان وجه قولهما ان الحكم يتعلق بحدوث الشدة وذلك موجود اذا غلا وقد بينا وجه قوله بالزبد فانه يقذف الزبد فوق ويصفو وعدم هذا المعنى لا يمنع التحريم واذا عرفت الخمر وما الحق بها فالقولين جميعا وعرفت اخر ما قلنا ان الخمر يتعلق بقليلها وكثيرها خلافا لمحمد وجه قول العموم الدلالة القليل والكثير والان التحريم يتعلق عندنا بالاسم وهو معنى قوله لان خمائر حرمت الخمر بعينها والسكر من كل شراب والاسم موجود في القليل والكثير فاما المطبوخ اذا كان انما غلا على حتى زال طرفاها وربعها فاخذوا شربها لان المقصود بالشرب قد زال بذلك التغير والحد يجب في المقصود من كل نوع الا ان شربها حرام لان الحرمة تتعلق بنفس الاسم لا لخاصة اذا اختلط الناس بشربه واما العصير اذا طبخ حتى ذهب اقل من ثلثيه فحرام فقال ابن ابي ليلى هو حلال وبه قال الشافعي حتى ينتج فهو مباح وقد قال بذلك بشر المريسي وغيره ودليلنا ما روي الشعبي عن سايب بن الخصين الاسدي انه عمل انا كما امره به امير المؤمنين عمر بشرب العصير الذي قد ذهب ثلثاه وبقي ثلثه وان عمر انما شربه واحب ان يشربه وانما احب ان يشربه لما كان يشربه حتى امرنا امير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه وعن ابيه وهو قال الذي

# كتاب الصيد والذباح

تعليم الاول فان شرط اباحة ما بعده اصله الارسال فان قبل جاز اكله
ثم ابعد لا يبيح الاكل كالباز اذا اكل قبل الاكل فجزنا لا يبيح وانما
يبيح فقد التعليم فاكل الكلب بدليل فقد التعليم الا ترى ان الكلب يطوع في تعود
ترك الاكل وانه لا يمكن ضربه ابدا تعود العود لو صاده والاكل من الصيد
فصار كالمعلم ولا يرجع التعليم عند اكل الكلب قال ش وان اكل الباز لم
اكره وقال الشافعي في قوله الجديد لا يؤكل لان الباز يغلبه عوده اذا دعي
وعود الاكل من الصيد نادر او ما كان من التعليم لا يحرم بالنادر
فان قيل لو كان جملة التعليم وجب ان لا يؤكل صيده اذا لم يأكل قبله لانه الاكل هو
التعليم حتى تكون تركه دليلا على فقد التعليم وانما هو احد طرق التعليم قلنا واجاز
اكل من الصيد فعل المكلف يوصف به فلا يؤكل كالكلب وقد قال ش ابو حنيفة
ان الكلب اذا اكل حرم ما تقدم من صيوده وقال ش ابو يوسف ومحمد يحرم
ما اكل منه خاصة وهو قول الشافعي على القول الذي يقول اكل الكلب يحرم وجه
قول ابي حنيفة قوله عليه السلام في حديث عدي ابن حاتم وان اكل فلا تاكل فانما امسك
على نفسه فجعل الاكل علما على التعليم ● وصيد ما ليس معلم لا يؤكل فان قيل
ترك الاكل شرط كاباحة صيده كما ان ارسال المرسل شرط ولو ارتد المرسل
بعد الصيد لم يؤثر في صيوده المتقدمة كذلك اكل الكلب قبل له الردة
لا يؤثر فيما تقدم من الاعتقاد فلم يفسد الردة الى حالة سابقة فلم يقدح
واكل الكلب دل على عدم التعليم وذلك يؤثر فيما تقدم فان قيل اذا جاز ان يتعلم
الادبي شيئا فينبغي ان يجوز ان يكون الكلب كذلك فلا يؤثر فيما تقدم قيل له

الادبي شيء ما يمتنع ان يعلمه الاستاذ الا ترى ان الخط ناما طرقه للضرورة
الى اباحة وهذا السباحة وما اشبه ذلك فاذا لا شاء بطول الترك في بعض ذلك
وتعليم الكلب ليس كذلك لانه يشاء بالترك في بعض فيه فاذا اكل دل على فقد
ما علمه الاصل قال ش واذا ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه
ان يذكيه فان ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل وهو الذي ذكره الطحاوي قول
ابي حنيفة فيما ادركه حيا وذكاه لم يحل اكله عنده وسواء كانت الجراحة
مما تعيش او لا تعيش مستقرة او غير مستقرة قال ابو يوسف اذا جرحه الكلب جراحة لا تعيش من
مثلها اكل ولا يحتاج الى ذكاة وعنه اعتبار بقائه اكثر اليوم وقال محمد ان كان
يبقى اكثر من بقاء المذبوح فلا بد من ذكاته وان كان لا يبقى الا قدر المذبوح لم يحتج
وكذلك وجه قول ابي حنيفة ان فعل الكلب جعل ذكاة اذا لم تثبت اليد على الصيد فعل المكلف
فاذا ثبتت اليد على الصيد فقد خرج من حد المتوحش وصار كغنم الشاة
والمقطوع المبين منها فانها لا تؤكل واما ابو يوسف فمن اصله
ان الحيوان اذا صار غير معيش لا يعيش لم يعتبر الذبح الا ترى ان خروج الروح
لا تعلق به واما يتعلق بالجرح المتقدم واذا لم يؤثر الذبح صار كجرح الكلب
هو الزكاة كاملة واما محمد فقال اذا بقي يوما او اكثر فهو في حكم الحي لان المذ
بوح لا يبقى هذه القدر فاعتبرت الذكوة واذا كان لا يبقى ذكر فهو كحصول الاتلاف
بفعل الكلب فكان قتله وهذا مبني على اختلافهم في المتردية والتي تشق الجوع
بطنها فاذا وقع كما حية فوجدها اذا اكلها كانت الجراحة خفيفة وعنه في قول
ابي حنيفة وقال ابو يوسف اذا بلغت الحد لا يعيش مثلها لم يؤكل وان ذبح ●

وقال محمد ان كانت يعيش اليوم او اكثر ذكاها اكلت وان كانت لا يبقى الا بقاء المذبوح
لم يؤكل وان ذبح وقد ذكر الطحاوي في الحيوان يطرب الموت وبالاصل
الذبح في قولهم وهذا ليس بمعيش عندهم جميعا حتى عند ابي حنيفة هو على اصله
حكمها بقاء الحيوة واما اذا ادرك الصيد صاحبه حيا فامكن من ذبحه
لضيق الوقت والفقد الا ان حتى مات لم يؤكل وقال الحسن بن زياد يؤكل
يؤكل استحسانا وجه قال الشافعي وجه قوله انه لما ثبت يده عليه زال
معنى الامتناع وبطل اعتبار حكم جرح الكلب برمي الشاة اذا ادركها
مرضت فماتت في وقت لا يسع لذبحها انها لا تؤكل وجه الاستحسان ان
الذبح هو الاصل والجرح بدل عنه والبدل لا يسقط حكمه بالتمكن من استعمال
الاصل فاذا ادركه في وقت لا يقدر على ذبحه لم يثبت حكم الاصل في حقه بقي
حكم البدل والجواب ان الاصل ان العقر المبيح جعل عن الذبح بل كل
واحد منهما ذكوة لنوع فالذبح ذكوة لما يده والعقر ذكوة لما لا يد له
قال ش فان خنقه الكلب لم يجرحه لم يؤكل هذا هو المشهور عن
ابي حنيفة وروي الحسن عن ابي حنيفة انه يؤكل واذا خنقه صدمة او كسر منه عضوا
ولم يجرحه فانه لا يؤكل وعن ابي يوسف ما يدل على انه يؤكل اذا كسر عضوا
وقال الشافعي في احد قوليه يؤكل بذلك كله وجه المشهور من المذهب ان
النبي عليه السلام سئل عن صيد المعراض فقال ان خزق فكل وان اصاب بعرضه
فلا تاكل فانما هو وقيذ وقوله تعالى والمنخنقة تعم فيما خنقه الكلب وغيره
ولانه لا اصل له فاعتبر فيه الجرح كالسهم فان قيل الكلب لا يمكن تعليمه

كالية القتل وما لا يمكن تعليمه فسقط اعتباره كالجرح في محل الذكوة قيل له الكلب
لا يحتاج الى تعليم الجرح لانه من طبعه وترك الجرح نادر فيه وما هو في طبعه لا يقال
انه مستند رفاما الجرح عن محل الذبح فليس بغالب حاله وتعليمه يستدعي
فسقط اعتباره كما سقط في السهم ولم يسقط الجرح وجه ما روي عن ابي يوسف
ان الكسر جراحة باطنه فيه فصار كالجراحة الظاهرة قال ش وان شارك
كلبه مجوسي او كلب مجوسي او كلب لم يذكر اسم الله تعالى عليه لم يؤكل وذلك لما روي
في حديث عدي بن حاتم قال قلت يا رسول الله بكلابي المعلمة فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى عليه فكل قال قلت
وان قتلن قال وان قتلن اذا لم يشركها كلب ليست منها والان الكلب الذي هذا
صفته لاحتمال صيده فاذا شارك الكلب الذي ارسل فقد اجتمع سببا الحظر
والاباحة فكان الحكم للحظر وقد قالوا اذا ارسل المسلم كلبه المعلم وسمى فزجره
مجوسي او مرتد فانزجر لزجره فاخذ الصيد فقتله فانه يؤكل لان اصل الارسال صحيح
فلا يؤثر ارسال غيره فيه ولو كان المرسل مجوسيا او مرتدا او من لا تجوز ذكوته
او ارسله مسلم ولم يسم او زجره مسلم وسمى فانه لا يؤكل لان اصل الارسال كان
فاسدا فلا يسقط حكمه بما هو دونه الا ترى انه ليس بصائد له وصار هذا
بمنزلة مسلم ذبح ثم امر مجوسي السكين في موضع الذبح انه لا يؤثر لانه
ليس بصائد له وكذلك ذبح مجوسي امر مسلما السكين في موضع الذبح
لم يؤثر في موضع الابحة لما ذكرناه قال ش وان رمى الرجل
الصيد وسمى عند الرمي اكل ما اصاب اذا جرحه فمات لحديث عدي بن
حاتم

قال قلت يا رسول الله انا نرمي بالمعراض اصيب افاكل قال اذا رميت بالمعراض
وذكرت اسم الله تعالى فخزق فكل وان اصابه بعرضه فلا تاكل قال
وان اردكه حيا ثم ذكوه وان تركته لم يوكل وهذا صائد في صيد الكلب
واذا اخطأ فرجع سقط حكم الجرح لانصرافه عنه وبقاء عليه فاعتبر الذبح اذا
لم يوجد لم يحل قال واذا وقع السهم بالصيد فجاء اصله حيا
عنه ولم يزل في طلبه حتى اصاره اكل وان تغيب عن طلبه فاشاره حيا
وقال الشافعي في احد قوليه لا حل اكله وفي القول الاخر حل اكله ولم يعتبر في
احد من القولين الطلب الا فيما بعد عنه اما الدليل على جواز الاكل اذا لم يقعد
عن طلبه فما روي في حديث عدي رضي الله عنه انه قال للنبي عليه السلام اني ارمي بسهمي فاصيب
فلا اقدر عليه الا بعد يوم او يومين فقال اذا قدرت عليه وليس فيه اثر سواه
الا رميتك فكل وان وجدت فيه اثر غير رميتك فلا تاكل فانما ذكرت على سهمك
ولم يفصل بين ان يكون قبل اليأس منه او بعده ولان الظاهر انه ما مات الا
بالجراحة التي اثبتها السهم فيه وقد وجد سبب الحل وهو الذكاة في محل قابل
فيحل كما لو لم يغب عنه ولان الظاهر انه لو كان حيا لعاد الى طلبه
لان الحي لا يقعد عن طلبه ولان الظاهر ازمناح الطالبين
فاتت الدلالة في احدهما والمعارض في الاخر وهو ما روي ان النبي عليه السلام امر بالرجوع في الصيد
عفو فاراد اصحابه ان ياخذوه فقال عليه السلام حتى يجيء فجاء رجل من نجد فقال هذه
بعيرة تردد فيها فامر النبي عليه السلام ابا بكر بن الرفيد ان يقسمها ابو بكر بن الرفيد فدل
ذلك جواز اكل ما غاب من الصيد اذا لم يسأله النبي عليه السلام عن الطلب اذ لو شاهده طالبا له لامر بالرجوع
وهذا لان الظاهر ان الصيد اذا لم يشاهد طالبه فصار خالصا ومن وجد
يشاهده فان قبل الجرح ليس بذكوة اذا كان هو القاتل ومتى جاز ان يكون
جاز ان يكون شاركه في الموت غيره فلا يجوز استباحته بالشك قيل له الجراحة سبب
الموت ولا يعلم حكم السبب اذا تراخى فالظاهر ان الموت منها بدليل ان الجارح جراحا
الوجه يلزمه القصاص وهو القصاص لا يجب الا حيث يحل على ان هذا القول بالتجويز لا يعتبر
لان التجويز انما يوجب اذا كان ذلك الاحتمال من سببه فاذا لم يكن بسقط اعتباره
الا ترى ان الصيد اذا وقع من الرمية على الارض حل اكله مع تجويز ان يكون
مات بوقوعه عليها لان ذلك ما يمكن الاحتراز منه ولو سقط على جبل فتردى
الى الارض لم يحل اكله لانه يمكن الاحتراز منه والتعب لا يمكن الاحتراز منه فسقط
حكمه واما الدليل على انه لا يوكل اذا قعد عن طلبه حديث ابن عباس ان رجلا
سأله فقال اني ارمي فاصمي واني فقدت كلبا اصبت وبعير ماليت وذلك لان العقر ليس
بذكوة الا بشرط عجز الا بدر كذكوة واذا قعد عن طلبه جاز ان يكون لوطلبه
لادركه حيا فلم يجز ان يكون العقر ذكوة ثم على ما ذكرنا اذا لم يكن ذكوة
اخر فالظاهر انه مات من الجراحة فيحل له حتى لا يسع الا كل الا هذا القدر لكن لو
بينا انه لو لم يقعد عن طلبه جاز ان يدركه حيا فيخرج الجرح ان يكون ذكوة
وذلك لا يعلم فلم يحل اكله قال فارمي صيدا فوقع في الماء لم يوكل وذلك
لما روي في حديث عدي رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال اذا رميت بسهمك وذكرت
اسم الله تعالى عليه فوجدته في الماء او ليس فيه اثر غير سهمك فكل
لان بهذا يدل على ان الرمي اذا وقع في الماء لم يوكل ولان جرح السهم ليس بذكوة
مستقرة بدليل انه لو اذا وكذه وجد فيه اثر غير سهمك فلا يحل
لجواز ان يكون الموت منه حرم اكله وليس كذلك اذا وقع في الماء فوقعت

حرج في الماء وقعت فيه اما لا يوكل لان الرمي ذكوة مستقرة غير انه
جاء شرط الخبر لا يحل ما حصل بعد ذلك كرمي اصاب الطريق قال
وكذلك لو وقعت على جبل او جدار ثم تردى الى الارض لما بيناه قال
وان وقع على الارض ثم اكل او ذكاه لا يحل لاحتمال ان موته وقع على
الارض فلم يعتبر ما يكون منه فاما وقوعه في الماء وجاء في الارض
فيمكن الاحتراز منه فاعتبر قال واذا اصاب المعراض بعرضه
لم يوكل وان جرح اكل وذلك لما روي في حديث عدي بن حاتم قال قلت يا رسول الله
اني ارمي بالمعراض فاصيب اكل قال اذا رميت بالمعراض فخزق
من ذكر اسم الله تعالى فكل وان اصاب بعرضه فلا تاكل قال
ولو كل السبع الصيد فانه لا يحل لما بينا ان الجرح فيما تناوله السبع
المعراض في الاصل محرم ملحوم به الجرح فيما تناوله السبع والجرح فيه
فلم يوجد فيه شرط الاباحة فوقع على التحريم قال واذا رمى
الصيد فقطع عضوا منه اكل الصيد ولم يوكل العضو وذلك لان له حكم
نفسه من حيث الموت وهذا يتصور في سائر الاعضاء غير الرأس
قال واذا قطعه اثلاثا فالرأس والاكثر مما يلي العجز اكل وان كان الاقل
مما يلي الرأس اكل الاكثر ولم يوكل الاقل وقال الشافعي يوكل الكل في الوجهين
لنا انه عضو مبان من حي فيموت وهو عام فان في الخبر خرج عليه
سبت وهم انهم كانوا يقطعون الالية فيأكلونها ويبقى العظم عليه
فقال قبل له المعتبر بالاقل لانه لو مات الكل دون عضو لم يحل ذلك

حاز ان يكون شاركه الموت غيره فلا يجوز استباحته بالشك قيل له الجراحة سبب
الموت ولا يعلم حكم السبب اذا تراخى فالظاهر ان الموت منها بدليل ان الجارح جراحا
الوجه يلزمه القصاص وهو القصاص لا يجب الا حيث يحل على ان هذا القول بالتجويز لا يعتبر
لان التجويز انما يوجب اذا كان ذلك الاحتمال من سببه فاذا لم يكن بسقط اعتباره
الا ترى ان الصيد اذا وقع من الرمية على الارض حل اكله مع تجويز ان يكون
مات بوقوعه عليها لان ذلك ما يمكن الاحتراز منه ولو سقط على جبل فتردى
الى الارض لم يحل اكله لانه يمكن الاحتراز منه والتعب لا يمكن الاحتراز منه فسقط
حكمه واما الدليل على انه لا يوكل اذا قعد عن طلبه حديث ابن عباس ان رجلا
سأله فقال اني ارمي فاصمي واني فقدت كلبا اصبت وبعير ماليت وذلك لان العقر ليس
بذكوة الا بشرط عجز الا بدر كذكوة واذا قعد عن طلبه جاز ان يكون لوطلبه
لادركه حيا فلم يجز ان يكون العقر ذكوة ثم على ما ذكرنا اذا لم يكن ذكوة
اخر فالظاهر انه مات من الجراحة فيحل له حتى لا يسع الا كل الا هذا القدر لكن لو
بينا انه لو لم يقعد عن طلبه جاز ان يدركه حيا فيخرج الجرح ان يكون ذكوة
وذلك لا يعلم فلم يحل اكله قال فارمي صيدا فوقع في الماء لم يوكل وذلك
لما روي في حديث عدي رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال اذا رميت بسهمك وذكرت
اسم الله تعالى عليه فوجدته في الماء او ليس فيه اثر غير سهمك فكل
لان بهذا يدل على ان الرمي اذا وقع في الماء لم يوكل ولان جرح السهم ليس بذكوة
مستقرة بدليل انه لو اذا وكذه وجد فيه اثر غير سهمك فلا يحل
لجواز ان يكون الموت منه حرم اكله وليس كذلك اذا وقع في الماء فوقعت



بيانا من العرب فقد بينوا ذلك في كتبهم وهو شهور عندهم وفي كتبهم
انه عام ادخل الامة اصبعها فعرفن شهرها وكفين جنازته واجمعوا
لو حلف لا يأكل لحما فاكل لحم السمك او الجراد حنث ولو حلف لا يأكل
فاكل من هذين لا يحنث فعلم ان احدهما غير الآخر واجمعوا
فيما حرم الخمر واختلفوا في تحريم النبيذ وموضع الاجماع غير موضع
الخلاف فان قيل الخمر اسم لما خامر العقل وهذا موجود
في النبيذ قيل له هذا لفظ لغة فانما سمي الخمر خمرا لمخامرة العقل وهذا موجود
ما قلناه ولم يلزم ان يطرد اللغة حتى كل ما كان العرب سمت الزبرقان الجمع
بالنبات من السواد البنفسج ولو علموا التوبة بالبوسمو الخ جمعا
الطعم بقال اذا طعم ولم يسموا كل طاعم خمرا فلما سمع ان المسمى الخمر
خمرا لما من العقل فلا يسموا كل ما خامر العقل خمرا فان قيل
روي عن ابن عباس كل مسكر خمر فيل له روي عن يحيى بن معين انه لا يصح الا
عن رسول الله عليه السلام اذا ثبت لم يكن فيه دليل لان ابن عباس لا يعلم الا
بما يعلمنا الاحكام ذكانه قال بين لسكر كثير حكم الخمر وكذلك نعني
دون علم الخمر من الكرم والنخل والحنطة والشعير والذرة فان قيل
روي عن ابن عباس انه قال الكثير من كل شيء حرام اسكر قليله وكثيره حرام
قيل له محتمل ان يكون ذلك قاله قبل الاباحة وقد رجع عنه بدليل
ان الاباحة حدثت بعد الخمر ولان السكر لا حد عنده السكر كما ان اللوم ما
حد عنده الا الام والسكر انما يكون بالقدح الاخير دون غيره والبيسير

لانه يسمى مسكرا العالم عند سائر الناس كذلك اما البسير فلم يسم احد شربه منه مع خبره ولان له ما اسكر كثيره فقليله حرام محمد قوله الا اذا اشرب النبيذ فشربه للتخمر ما اسكر حد السكر وهو ان يخلط كلامه ما قدر ان يخفى على اكثر الناس فان قيل اسكر فيه بالفتح الاخير لا بعد قدر فيه فعلى هذا ينبغي ان يكون الاول كذلك اجيب بان العلة ما دارت الحكم وقد روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ما افرد ذكره هو قوله الكاس المسكر في الحرام قال قيل السكر هو المحرم الدليل على ان القليل منه حرام قوله الخمر لا يجوز ان تكون حرمت لهذه العلة الا ترى ان قليلها وكثيرها حرام وهذه العلة لا يوجد في القليل وقد سكر بعض الناس بالعسل فهذا المسلك طريقه فتح باب التشفي والتشهي وعندنا الحرام لما ضاق حله طريق الحجة لما روي عن النبي عليه السلام انه قال لبشير بن نهيك من اتى الخمر فعليه بسنونها اسقاها قال هذا القول وجه اصحاب ابي حنيفة ظهر وهذا كلام جاهل بالحكم والنقل والاثار وتعصب قليل الورع لابي يا قال ثم قال هذا القول ما روي بعد القرون اصحاب ابي حنيفة واما السلف الصالح فقد ذكرنا ذلك فلم يمكنه التصريح بذلك لان اصحاب ابي حنيفة لم يتقدموا في ذلك قولا بل قالوا بما قاله اصحاب رسول الله عليهم السلام ووجوه التابعين ومن بعدهم وكيف يلين على هذا عمر وابن مسعود وابن عباس وعمار بن ياسر ومن بعدهم وعلقمة والاسود وابراهيم انهم شربوا

انه قال انا اكل لحم الخنزير وشرب النبيذ الشديد ليقطعه فبطونهما وروي انه اتي بسكران فقال له اشربت مزادا وركيا فطلبه فخرجا فاخذ خمره ثم اخذ الاداوة فشرب منها وقطب وعن عبد الله بن مسعود انه قال شهدت تحريم النبيذ كما شهدتم وشهدت اباحته وعلمتم شكي الحظر والاباحة لا يكون الامر صلب الشرعة وعن الشعبي قال اردق على بن ابي طالب الناس طائعين فشرب منه رجل فسكر فجلده وقال عبد الرحمن بن ابي ليلى شربت عند علي بن ابي طالب فضخ نبيذا الخ وجدت عنده عند المغرب فارسل معي فسوا بعد بي الى بيت فاتيه النبيذ وابو مشهور عند فقهاء المصرين الكوفة والبصرة وكان عمر ناظر اصحاب علي وابن مسعود ولان الاشربة كانت كثيرة بالمدينة من غير العنب وكانت الخمر قليلة اذا كانت تجلب اليهم من الشام وبذا الاحكام تجب الحاجة وتحرم سائر الاشربة كتحريم الخمر عند الحاجة فكانت الحاجة الى بيان التحريم سائر الاشربة كالحاجة الى بيان تحريم الخمر الا ترى ان شدة حاجتهم اليها فلما وجدنا تحريم الخمر من طريق الخبر مقطوعا به بقي ما يكفر جاحده ولم يوجد في النبيذ علما ان كما مختلفا في التحريم فان قال الخطابي سائر الاشربة تحريمه تحريم الخمر لان اسم الخمر يتناول كل شراب مسكر قيل له هذا غلط لان الاسماء عرفية اذا كانا النقل قد وجد في الخمر سميت عصير العنب المشتد خمرا وسموا غير ذلك نبيذا وفضيخا وبتعا من الاسماء وتخصيص كل واحد منها باسم يدل على انه لا يسمى باسم الاخر وهذا


عليه ثم شرب منه ثم قال لهم اذا حرمت عليكم الخمر فاطلبوا الشراب حراما فان قيل كان هذا قبل ان يعلم ان الخل لا يصلح لانه لا يقال حرام اشربة الا بعد الوجود قلنا لا يمتنع ان يكون الاول كذلك وروي ابو مسعود الانصاري ان النبي عليه السلام عطش وهو يطوف بالبيت فاستسقى فاتي بنبيذ من السقاية فشمه وقطب وقال لعلي بدنوق من ماء زمزم فصب عليه وشرب وذكر ابن قتيبة في كتاب الاشربة باسناده عن زيد عن علي انه شرب واصحابه نبيذا شديدا في دلية فقيل له يا ابا هم رسول الله حدثنا حديث سمعته من ابيك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في النبيذ فقال حدثني ابي عن جدي عن علي ابن ابي طالب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال نزل امين من السماء على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا محمد ان الله تعالى يقرئك السلام ويقول لك ان هذا نبيذ السقاية قد اوكي عليه ثلاثا فان كان يغلي فاهرقه وان كان يزبد فلا تشربه وان كان يسكر فلا تقربه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ارى هذا الا حراما فقال له جبريل عليه السلام فلعل الله ان يجعل شفاء امتك فيما حرم عليها وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان الله تعالى لما حرم على بني اسرائيل شيئا حرم عليهم ثمنه

العلة في المحرم عدم التسمية ولان ذبح الهدايا قربة مقصودة بنفسها
شرع فيها ذكر الله تعالى وكان شرطا كتكبيرة الصلوة فان قيل ذكوة لم يطلق
فيها غير التسمية فوجب ان يكون محله كما لو تركها ناسيا قيل له لا نسلم
انه لم يطلق غير التسمية لانا اذا تركها مع الذكر تفوت حالة موضوع الشرع
ونشبه بالمذكين والناسي لا يوجد فيه ذلك ولان النسيان عذر وقد سقط
الفرائض في حال العذر وان لم يسقط عند عدمه قال ومن ترك
ناسيا اكل وان اكل لا بوكل لما ما روي ان النبي عليه السلام سئل عن من نسي التسمية
على الذبيحة فقال عليه السلام اسم الله على لسان كل مسلم ولان الناس غير منفكين عن
نسيه فاذا كان كذلك لم يترك حل الذبح نسيانه على ما بينا فاما الاكل فلان ترك كذلك
والواو في الكتاب اذا ترك التسمية عامدا لم يؤكل ذبيحته لان عدم ذكره من الجاحد
ادلة على ما بينا من قبل قال والذكوة في الحلق واللبة وروي انه عليه السلام قال الذكوة بين اللبة و
اللحيين قال والعروق التي تقطع في الذكوة اربعة الحلقوم والمري
والودجين واذا قطعها حل الاكل وذلك لانهم اجمعوا على اعتبار هذه العروق
في الذكوة اكثرها كذلك عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لابد من قطع الحلقوم والمري
واحد الودجين وجه قول ابي حنيفة انه قطع اكثر العروق فوجب ان يحل كما
لو قطع الحلقوم والمري واحد الودجين وجه قولهما ان كل واحد من هذه
العروق يختص بمعنى العروق والحلقوم مجرى النفس والمري مجرى

للطعام والودجين مجرى الدم فلا بد من قطع كل واحد منهما لان احدهما لا يقوم
مقام الاخر ولا يثبت حكم الحلقوم والمري شرعا فيجب قطعهما هذا هو
الظاهر من مذهبهم وكان ابو الحسن يقول لا بد من قطع الاكثر من كل واحد من
العروق وهو رواية عن ابي حنيفة وظاهر رواية ابي يوسف تدل على ذلك وعن محمد
انه يقطع الاربعة والاكثر من كل واحد قال الا في ترك واحد من هذه العروق
في الجوان الاكثر من المذبوح فصار كما لو قطع الحلقوم والمري وقال الشافعي اذا قطع
الحلقوم والمري حل وان لم يقطع احد الودجين وهذا لا يتخرج على اصلنا
ما لم يسل الدم وفري الاوداج فكل واحد منهما يكون بقطع الزوج الذي هو حجة
الدم ثم ذكر الاوداج بلفظ الجمع وحقيقته تثنية فمن اعتبر الجنس حقق الا
صر ولان مجرى لعابه فوام الجوف فكان قطعه بشرط الذكوة كالحلقوم و
المري فان قطع موضع من محل الذكوة مكان ذكوة صحيحة لان اصله اذا قطع
الاكثر قبل له لانسلم انه مذبوح ولا اذا قطع الاكثر فقد حصل العطب بالعروق
التي شرطت في حال الذبح واذا ترك الودج والمقصود لا يستدرك بعين
صار كما لو ترك الحلقوم قال وجوز الذبح بالليطة والمروة وبكل شيء انهر الدم الا السن القائمة والظفر القائم والاصل فيه حديث رافع بن
خديج قال قلت يا رسول الله ليس لنا مدى قال ما انهر الدم
وذكر اسم الله تعالى عليه فكلوا الا ما كان من سن وظفر فان السن عظم
من الانسان والظفر مدى الحبشة قيل له المراد بذلك السن القائمة والظفر
القائم بدليل ان الحبشة كانت تفعل ذلك اظهارا للجلد وبدليل انه روي في بعض
الاخبار الا ما كان من عظم او مدى الظفر فرس انما يكون السن القائمة
قال ويستحب ان يحد الذابح شفرته وذلك لما روي شداد بن اوس
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان الله تعالى كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم
فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح
ذبيحته قال وان قطع بالسكين الخصي او قطع الراس كره له
ذلك وبه كل ذبيحته وذكر لا زيادة في الما يحتاج اليه في الذكوة فكره له
فعله كالو جرحها في فخذها وقد روي ان رجلا اتى النبي عليه السلام برجل فاضجع
شاة وهو يحد شفرته فقال عليه السلام اردت ان تميتها ميتات الا حددت شفرتك قبل
ان تضجعها وراى عمر رضي الله عنه رجلا قد اضجع شاة وتزكر رجله على صفحة
وجهها وهو يحد الشفرة فضربه بالدرة وقال له احددتها قبل ان تضع رجلك
موضع وضعتها اضجعوا اضجعا اكراه كما يرجع الى الما وانما قال ابو كل
لان الذكوة قطع العروق المشروطة وقد وجد ذلك فما زاد على ذلك لا يمنع

وانما يعتد به فيقبح ولا يكره ذلك لحل واما السن المنفصل والظفر المنفصل فيجوز
الذبح بهما وقال الشافعي لا يجوز لما قوله عليه السلام انهر الدم بما شئت وكل لانها
آلة تفري الاوداج وتقطع في الذبح بها كالحديد فان قيل روي ان رافع بن
خديج قال قلت للذي اذا لم يكن مدي اذبح بالليطة فقال عليه السلام ما انهر الدم
وذكر اسم الله تعالى عليه فكلوا الا ما كان من سن وظفر فان السن عظم
من الانسان والظفر مدي الحبشة قيل له المراد بذلك السن القائمة والظفر
القائم بدليل ان الحبشة كانت تفعل ذلك اظهارا للجلد وبدليل انه روي في بعض
الاخبار الا ما كان من عظم او مدى الظفر فرس انما يكون السن القائمة
قال ويستحب ان يحد الذابح شفرته وذلك لما روي شداد بن اوس
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان الله تعالى كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم
فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح
ذبيحته قال وان قطع بالسكين الخصي او قطع الراس كره له
ذلك وبه كل ذبيحته وذكر لا زيادة في الما يحتاج اليه في الذكوة فكره له
فعله كالو جرحها في فخذها وقد روي ان رجلا اتى النبي عليه السلام برجل فاضجع
شاة وهو يحد شفرته فقال عليه السلام اردت ان تميتها ميتات الا حددت شفرتك قبل
ان تضجعها وراى عمر رضي الله عنه رجلا قد اضجع شاة وتزكر رجله على صفحة
وجهها وهو يحد الشفرة فضربه بالدرة وقال له احددتها قبل ان تضع رجلك
موضع وضعتها اضجعوا اضجعا اكراه كما يرجع الى الما وانما قال ابو كل
لان الذكوة قطع العروق المشروطة وقد وجد ذلك فما زاد على ذلك لا يمنع

لاكل بعد وجود الذكوة قال واذا ذبح الشاة من قفاها فان بقيت
حية حتى قطع العروق جاز وكره ذلك لان قطع العروق يلحقها في الذكوة
وجمع حبوتها وما زاد على ذلك هو تعذيب وتجريحها فيكره ولا يمنع الاكل
قال واذا مات قبل قطع العروق لم يؤكل لان الذكوة لم توجد الا
ترى ان الذكوة انما يكون بقطع العروق مع وجود الحياة ولم يوجد ذلك
قال وما استوحش من البهيمة فذكوته الذبح او النحر وذلك كالبعير في الصيد
انما قيد قطعا للذكوة لعدم ثبوت القدرة عليه فاذا استأنس صار كالمقدور
فيتعين اصل الذكوة وهو الذبح قال وما توحش من الغنم فذكوته
العقر والجرح والاصل فيه ذلك ما روي ان بعيرا ند فرماه رجل فقتله
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لهذه الابل اوابد كاوابد الوحش فما اعجزكم
منها هكذا فاصنعوا بها هكذا وذلك لان الحكم لا يعود الى الجنس وانما يتعلق
بالقدرة وعدمها فاذا لم يقدر على المستأنس فصار كالبعير اذا فر
على المستوحش صار كالمستأنس قال والمستحب في الابل النحر
لان ذبحها جائز ومكروه والمستحب في البقر والغنم الذبح وان نحرها جاز
ومكروه والاصل فيه ذلك قوله تعالى فصل لربك وانحر قيل في التأويل واذبح الابل
وقال في الغنم وفوديناه بذبح عظيم فسماه ذبحا وقال ان الله يامركم ان تذبحوا
بقرة وذبح النبي عليه السلام البقر والغنم ونحر الابل ولان المعتبر في الذكوة الاسهل
على الحيوان بدليل ان ما روي ان النبي عليه السلام قال ان الله كتب الاحسان على كل
شيء اذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد

والطعام ما دخل فيه السمك عبارة عن فعل الاصطياد فما الاصطياد مباح عندنا للمحرم الاكل فتحصل اصطياد ما لا يؤكل لينتفع به غير الاكل

قال ﴿ويكره اكل الطافي منه والطافي ما مات حتف انفه من غير سبب حادث فيه﴾ قال الشافعي لا يكره لما روي جابر ان النبي عليه السلام قال ألقى البحر او جزر عنه فكلوه وما طفى فلا تأكلوه وعن ابن عباس رضي الله عنه قال ما دسره البحر فكلوه وما جزر عنه على الماء فلا تأكلوه ولانا لو حرمنا لحرمنا لانه دم سايل فاذا مات حتف انفه لا نأكله اصله حيوان البر فان قيل قال النبي عليه السلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته قيل له ميتة البحر ما اضاف اليه من حيوانه فاما هذا لا يكون الا اذا الفاه او مات من برده او من حره وذكر مباح عندنا ولان قوله الحل ميتته عام وقوله وما طفى فلا تأكله اخص منه فنقضي به عليه فان قيل ما حل بغير ذبح مع القدرة على ذبحه حل على وجه حتف انفه كالجراد قيل له السمك اخذ شبهها من الجراد ولان ليس له دم جنس واخذ شبها من الحيوان الذي له دم سايل فيجب ان يعطا حكمهما ولا يلحق باحدهما دون الاخر فيعطا حكم شبهة بغير الجراد بأن يقف اباحته على فعل حادث فيه وايامات من الحر والبرد او كلب الماء ففيه روايتان احديهما يؤكل لانه مات بسبب حادث فصار بمنزلة ما الفاه البحر والاخرى لا يؤكل لان الحر والبرد صفة اللزوم فليس من حوادث هذه الغالب

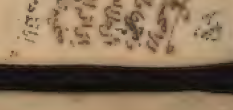
قال ﴿ولا بأس بأكل الجراد وان مات﴾ لقوله عليه السلام احلت لنا ميتتان



السمك والجراد وهو عام في سائر انواع السمك وقد روي عن جابر وعن ابن عباس رضي الله عنهم اباحة الجريث ولا يعرف لهما مخالف قال ﴿ويجوز اكل الجراد ولا ذكوة له﴾ وذكر القدوري على ما احللنا ميتتان ودمان السمك والجراد والكبد والطحال وما قال لا ذكوة له لانه سماه ميتة وهذه الصفة عالم بدعها وقد روي عن النبي عليه السلام انه عافى عن اكل الهوام الا الجلالة والجلالة هي التي تأكل العذرة والغالب على الطعام المنتن وقد روي انه عليه السلام نهى ان يشرب البانها الا ان يحبس اذا تغير تغير لبنها وقد نهى ان يحج عليها او ان يعقر وهذا محمول على انها تغيرت لنفسها فمنع من استعمالها الا بعد ان يربطها ثلاثة ايام فخلط فليس بحلاله وعن ابي حنيفة رحمه الله انها تحبس حتى يطيب لحمها ثم تذكى ولم يوقت في ذلك لان اذا زال المعنى الموجب للكراهة زال الحكم وقد روي في الدجاج انه تحبس ثلثة ايام روي ذلك عن النبي عليه السلام انه كان يفعل ذلك ثم يأكله وقد روي عن ابي هريرة رضي الله عنه قال كره رسول الله عليه السلام من النساء الذكر والانثيين والفرج والغدد والمرارة والمثانة والدم اما الدم فنحو حرام بالنص وغيره ذكر مكروه لانه يستحب وقد روي ان ابن عمر سئل عن القنفذ فتلا قوله تعالى قل لا اجد فيما اوحي الي محرما على طاعم يطعمه الا ان يقال شيخ عندنا كما سمعنا ابا هريرة يقول وذكر القنفذ عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال خبيثة من الخبائث فقال ابن عمر ان كان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ذلك نقول كما قال

# كتاب الاضحية

الاضحية الواجبة تجري في المال على ضربين ضرب منها ما يجب فيه التمليك كالزكوة ومنها





ما يجب فيه الاتلاف كالعتق والاضحية من جنس العتق لان الواجب فيها الاتلاف والاضحية عندنا واجبة وبه قال محمد وزفر والحسن بن زياد رضي الله عنهم واحدى الروايتين عن ابي يوسف واجبة وذكر ابن يوسف في الجوامع انها سنة مؤكدة وهو قول الشافعي وجه قوله تعالى فصل لربك وانحر بعد قوله تعالى قد افلح من تزكى وذكر اسم ربه فصلى والمراد الاضحية وروى مخلد بن سليم ان النبي عليه السلام قال على اهل كل بيت كل عام اضحية وغيره وعلى من الفاظ الوجوب في حديث اخر ان النبي عليه السلام قال من ذبح قبل الصلوة فليعد وهذا امر وفي حديث ابي هريرة ان النبي عليه السلام قال من وجد سعة لم يضح فلا يقربن مصلانا والوجد لا يستعمل الا بترك الواجب ولانا عباد تفوت بفوات هذه الايام فكانت واجبة كالجمعة فان قيل روى ام سلمة ان النبي عليه السلام انه قال من راى منكم هلال ذي الحجة واراد ان يضحي فلا ياخذ من شعره ولا من ظفره حتى يضحي ولو كانت واجبة لم يعلقها بالارادة قيل له ليس هذا ارادة التخيير الا ترى انا عندنا واجبة وعند الشافعي سنة وعند الجميع ليس بحتم فعلم ان المراد الارادة التي تخرج بها الانسان من السهو الى القصد وهو كقوله من اراد الحج فليتعجل ومن اراد الصلوة فليتوضأ فان قيل روى ابن عباس ان النبي عليه السلام قال ثلث كتبت علي ولم يكتب عليكم النحر والوتر وركعتا الفجر قيل له كذلك يقول الاضحية عندنا واجبة وليست مكتوبة وما ثبت بدليل مقطوع به والواجب ما ثبت بدليل مظنون فان قيل الاضحية لا تجب على المسافر فاوجب على المقيم كالعقيقة قيل له المسافر يلزمه ان يضحي عن اولاده الصغار المقيمين وايضا فالمقيم يلزمه فرض لا يلزم المسافر كالجمعة

تعظيم المخلوق به وكلا لا يستحق الا الله تعالى واذا ثبت انه متى حلف
لم يلزمه كفارة لان ليس قال ش والحلف بغير الله تعالى
القسم وانما اختير له
القسم ليتعلق الكلام بعده بجعل قال ش وجرى في القسم الواو
لنا واللام والباء قوله تعالى والله والتاء قوله تالله وقوله على انعقاد الحلف
بغير الله قوله تعالى لا يؤاخذكم الله ما قالوا واما قوله تعالى انه لقول
رسول كريم فقد قيل ان المراد به قول الله تعالى وانه لا يجوز ان يقسم
وقيل ان الاصل هو الا انه حذف منه اسم الله تعالى واخر ما كان
من الظهر والظهر الواو وهو اخفى من الالف لانها لا توجد الا مع
دون الظهر واما الحق منها لا توجد الا مع اسم الله تعالى قال ش وقوله
الخلق فيكون حالفا بقوله انه لا اصل لكون وقد دل ذلك على ما ذكرناه
ان كان فلان امرأته قال له رسول الله عليه السلام ما اردت الا واحدة قال الحر
قد تحلف بغير الكلمة فما وجه التقييد واما انه لا اثر لكون في نجيز اذا كان
بعيدا لان الام تقوم مقام ايا قال الله تعالى امتنع له قبل ان اذن لكم وكذلك
قال ايم الله وايمن الله كما جاء الا ان الغرض هناك ذكره بعد ذلك
وقال ابو حنيفة رحمه الله اذا قال وحق الله تعالى اليمين عليه وهذا الذي ذكره
قول بعض اصحابنا واحد الوجهين عن الشافعي رحمه الله وقال ابو حامد
المروزي هو قول كل الشافعيين وبه قال ابن حنبل في وجه قوله ما روي ان النبي عليه السلام
عن حلف الله تعالى فرضي فقال لن تقدروه ولا تشركوه بشيء فصار كما
حلف بالقرآن وجه قول ابي بوسف ان الله تعالى ابو صف بانه

قال ش وان حلف الكافر لم تحنث يحال الكفر او بعد اسلامه فلا حنث وقال الشافعي
يتعقد يمينه فان حنث حال كفره كفر بالعتق والكسوة والاطعام دون الصوم
وان حنث بعد اسلامه كفر بالصوم لقوله تعالى قل للذين كفروا ان ينتهوا
لهم وما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ان زوج امراة زيد بن حارثة قال اني اعاهدك
ان تزوجها ما مت قبل الا ان تزوج امرأة وعاهدني كذلك فقال عليه السلام كان ذلك في الجاهلية
فان قضية عدم التكفير وان كان حال الاسلام في بعهد كذا لا يلزم
منه التكفير بالصوم حال فلا تعقد يمينه كالصبي والمجنون فان قيل روي
ان عمر رضي الله عنه قال للنبي عليه السلام اني نذرت في الجاهلية ان اعتكف ليلة فقال عليه السلام
اوف بنذرك قيل له هذا غير واجب لانه روي ان قيس بن عاصم قال
للنبي عليه السلام اني نذرت نذرا في الجاهلية فقال عليه السلام اوف بنذرك فقيل له من جملة ادعية
الدعاوي بالله تعالى وجه ان نحمله على انه حلف للسلم قيل له اليمين
في اللغة هي القوة على الباشر وذكر غير واحد ان حلف بالله تعالى ينعقد يمينه لما
روي ان يستدل على انعقاده باستحالة ان يبقى لا ينعقد ولان الكافر
يستعظم اليمين والغرض من اليمين ذكر ما لا يقوم على الحالف كاذبا والغرض حاصل
الغرض اذا ولان الحكم يضطر الى ذكر الدعاوي اذ لا سبيل له الى قطع الخصومة
الا بها والضرورة لا تعرف بالانعقاد لمينه وتكفيره قال ش
ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه لم يصر محرما عليه ان استباح فعليه ان
يكفر فان كان حلالا على حرام فحرم على الطعام والشراب الا ان يكون يطعم
وقد حرم ما يطعم فلا شيء عليه لان هذا مطلق عليه
وقد حرم ما يطعم فلا شيء عليه لان هذا مطلق عليه

قال ش ومن ظاهر من امرأته فقد حرم عليه وطؤها ودواعيه حتى يكفر لقوله تعالى
والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا
ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير وقال عز وجل فمن لم يستطع فصيام شهرين
متتابعين من قبل ان يتماسا وقال عز وجل فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا
وقال عز وجل والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل
ان يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير فمن لم يجد فصيام شهرين
متتابعين من قبل ان يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا وقال عز وجل
والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا
ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل
ان يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا وقال عز وجل والذين يظاهرون من نسائهم
ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون
خبير فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا فمن لم يستطع فاطعام
ستين مسكينا وقال عز وجل والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير
رقبة من قبل ان يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير فمن لم يجد فصيام
شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا وقال عز وجل
والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا
ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل
ان يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا وقال عز وجل والذين يظاهرون من نسائهم
ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون
خبير فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا فمن لم يستطع فاطعام
ستين مسكينا وقال عز وجل والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير
رقبة من قبل ان يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير فمن لم يجد فصيام
شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا وقال عز وجل
والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا
ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل
ان يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا وقال عز وجل والذين يظاهرون من نسائهم
ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون
خبير فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا فمن لم يستطع فاطعام
ستين مسكينا وقال عز وجل والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير
رقبة من قبل ان يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير فمن لم يجد فصيام
شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا وقال عز وجل

والتحسين بقد الحنث والصحيح ان يكون سببا ولهذا لو كان سببا جاز اجتماعهما مع السبب كالصلاة مع الحول فلم يجب الحد والحنث والا لما اجتمعا مع السبب فيما يجب الحنث ولا كفارة بعد الحنث لان الكفارة تقدم على فعل المحلوف عليه فيما لا يكون سببا فيها كالاحرام لما وقد وجب انها لا تجب بعد فعل المحلوف عليه لان الحرم لم يكن الاحرام سببا لكفارة وكون الحنث سببا فان قيل روي عن النبي عليه السلام انه قال من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه وفعل الذي هو خير قيل له حمل الخير على ما يليق بالذي هو خير وليكفر ولو ثبت ما قلتم كان المراد به التقديم لان معلوم ان الكفارة لا تجب بالحنث وهذا كقوله في المحرم اذا لم يجد النعلين فليلبس الخفين وليقطعهما اسفل الكعبين فالقطع مقدم على اللبس وان اخره فان قيل الكفارة بالعين فكان تقديمها جائزا جوابها ان الكفارة الفعل فيما له هذا يحل بكفارة الظهار لما لم يعتق ولا تقدم محل وجوبها على السبب فكفارة القتل اما تعلق بالخروج بشرط الموت لان الخروج فعله والموت ليس من فعله فاذا وجد الخروج فقد وجد ما يتعلق به الوجوب به وهي مسألة الكفارة لا تجب بالحنث بدليل انه اذا ابر فيها لم تجب انما تجب بالحنث ولم يوجد قال ومن حلف على معصية مثل ان حلف لا يكلم ابا ه او ليقطعن رحمه فينبغي ان يحنث ويكفر عن يمينه لقوله عليه السلام من حلف ان يعصي الله فلا يعصه ومن حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه



كقوله ان نعلت كذا فانا شارب خمرا او اكل الميتة وجه الاستحسان ان ما روى جابر بن عبد عن ابيه عن جده ان النبي عليه السلام سمع رجلا قال لغير جرة او نصراني او يهودي من الاسلام حلفا ثم حنث قال كفارة يمين وعن ابن عباس وابن عمر فيمن حلف باليهود به انها يمين تكفر لان الكفر لا يجوز استباحته على ان اسم الله تعالى فيه مكرمة اسمه فجاز وجود الكفارة كما لو قال لغريمه وليس كذلك شرب الخمر واكل الميتة لا ليس بمحرم على التابيد الا ترى انه قد كان يجوز ان يباح بالشرع وقد ابيح ذكرا بعضا عند الضرورة قال وان قال ان فعلت كذا فعبدي حر او امرأتي طالق او ثوبي هذا هدي او هو يهودي او نصراني او بريء من الاسلام ثم حنث فلا كفارة عليه وعن ابن عباس وابن عمر فيمن حلف باليهود به انها يمين تكفر لان الكفر لا يجوز استباحته على ان اسم الله تعالى فيه مكرمة اسمه فجاز وجود الكفارة كما لو قال لغريمه وليس كذلك شرب الخمر واكل الميتة لا ليس بمحرم على التابيد الا ترى انه قد كان يجوز ان يباح بالشرع وقد ابيح ذكرا بعضا عند الضرورة قال وان قال ان فعل فعلا غضب الله عليه او باراه او شارب خمرا او اكل ربا او الطين عليه او ذكر ان الله تعالى غضب عليه او لعنه او غضب عليه او العذاب فكله قال عليه هذا لله تعالى يكون حالفا قال ومن كفارة اليمين عتق رقبة يجزي فيها ما يجزي في الظهار وذلك لان الله تعالى اوجب تحرير رقبة به مطلقة فيما ذكرنا فما جاز في احدهما جاز في الاخر وقد بينا ذلك في الظهار قال وان كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد وذلك ثوب تقوم به الصلاة او كسا نصف صاع من حنطة او صاعا من تمر او شعير او قيمة ذلك اجزاه لان الكسوة فيما ذكرناه لا حد لها وجب ان يجزي والقيمة والمخرجة منه والقيمة لا تجوز فيما حده مكيل غير فاما القلنسوة والخف لا يسمى ملبوسا فلا يجزي قال ومما لا يجزي في الصلاة وهذا الاعتبار الذي ذكر قول محمد وعلى قول اصحابنا الاعتبار بما يسمى ملبوسا واختلفوا في السراويل فالصحيح عن ابي حنيفة انه لا يجزي لان لابسه يقال انه عريان فلانا وام الكسوة وعن محمد انه يجوز وهو قول الشافعي لان الصلاة تجوز فيه كالقميص



واما العمامة فان كانت تكفي لتخمير جازت الكسوة وان كانت صغيرة لم تجز قال وان اطعم عشرة مساكين اطعامه في كفارة الظهار واطعام عشرة مساكين كل واحد نصف صاع من بر او صاع من تمر او شعير او قيمة ذلك لما بينا في الظهار والاطعام والتمليك وقد دل عليه قوله تعالى فاطعام عشرة مساكين وجزي فيه التمليك والتمكين وقد بينا في كفارة الظهار وقد قالوا اذا اطعم خمسة مكان خمسة والمنصوص عليه انه يجزي احدهما عن الاخر بالقيمة وعن ابي يوسف ان نوى ذلك عند الاخراج جاز فان لم ينو لم يجز وقال الشافعي لا يجوز حتى يكمل احد الصنفين وجه قوله ان احد الجنسين لا يجزي في الاخر الا بالقيمة فوجب ان يحمل اخراجه على الوجه الجائز بدلالة لا يلزمه في اسقاطه ولان القيمة عند تأدية المنصوص عليه فلا تجزي الا كما من نية الكفارة وقد وجد ذلك ولا يشبه هذا اذا اخرج من الطعام الجيد الوسط فانه لا يجزيه لان الجودة لا قيمة لها عند ملاقاة جنسها فكان المخرج الواجب ولا يشبه ايضا اذا اخرج من الفطرة جنسا وشيئا غيره لان من الجائز ان يجزئه كما بالقيمة ومنع من ترجيح ذكر الله في المنصوص عليه اعتبارا بسائر الاذكار فصار بمنزلة النوى الواحد ولا يجزي بعضه عن بعض بالقيمة كما لو ملك الا بطعام واحد من كل واحد منهما جزي الفرض من الاخر الا تري ان احدهما يراد لسد الخلة والاخر لسد العورة فجاز احدهما عن الاخر بالقيمة وجه قول ابي يوسف ان كل واحد منهما اجزي عن نفسه وجزي عن القيمة فصار كالدينين اذا ادى احدهما وكفارة اليمين واما خلاف الشافعي فمخرج على جواز اخراج القيمة



ذكر من صفات ذاته صار كانه قال والله الذي لا اله الا هو ونحو ذلك لو قال والله الذي خلق السماء والارض ولم يذكر لفظ الخلق فلما قال والله الذي ذكر خلقا علمنا انه لم يكن حالفا بغير الله تعالى وهو نظير ما لو قال والله الذي لا اله غيره ولا يكون حالفا لان الغير لفظ مشترك يقع على الله تعالى وعلى غيره فلا يكون يمينا الا بالنية فاما لفظ الخلق فلا يقع على غير الله تعالى فكان يمينا من غير نية ولان الخلق في العرف اسم لما يقدر على ايجاده وانشائه وذلك لا يكون الا لله تعالى قال واذا قال اقسم او اقسم بالله او اشهد بالله فهو حالف وقال في الاصل لا يكون حالفا الا بذكر الله تعالى وهو قول الشافعي وجه قول ابي حنيفة قوله تعالى يحلفون لكم لترضوا عنهم وقال تعالى اذا اقسموا ليصرمنها مصبحين ولا يستثنون ولم يقل ان شاء الله والاستثناء انما يصح في اليمين وقال تعالى اذا جاءك المنافقون قالوا نشهد انك لرسول الله والله يعلم انك لرسوله والله يشهد ان المنافقين لكاذبون فسماهم حالفين لان العرب تخرج كلامها على وجه التأكيد فيكون ذكر كل واحد منهما يمينا وجه قول ابي يوسف ان الحلف لا يكون الا بالله تعالى والكل يوكد ذكرا ان عبد الله بن عمران جاء الى النبي عليه السلام فاسلم فامره ان يهاجر فقال هاجرت الا تحرة بعد الفتح قال عليه السلام بل اسلمت بارسول الله على ما اسلفت من خير بعد الفتح وبايعه وقال البرزخ فتح عني ولا تحرة بعد الفتح وجه قول ابي يوسف انه يحتمل انه اراد الحلف بالله ويحتمل غيره فلا تجزئه الا بالنية التعيين بالشك فان قيل لفظ عزي عن اسم الله تعالى وصفاته فوجب

ان لا يكون بين الفعلين فاصلة اكثر من اصله اذا الفاصل الذي لا ينطق كذي قيل له
ثم ان الله عز وجل عوض الله تعالى واكرم محمدا وان لم يذكر العلم بالفاء ثم
يجب ان يراد بالجملة المركبة من المبتدأ والخبر ومن الفعل والفاعل ومن الشرط
والجزاء فصاعدا ما اول فصل لبيد هذا والعرب توكد كلامها وقد قال اصحابنا رحمهم الله
ايضا ان قصد هذه الالفاظ غير اليمين لم يكن حالفا قال ﴿ وكذلك كل
وعهد الله وميثاقه وذلك لقوله تعالى واوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولان
تفقهوا الايمان بعد توكيدها فجعل العهد يمينا والميثاق مثله وقد
روي عن النبي عليه السلام انه كان اذا بعث جيشا قال في وصيته وان اراد وكم ان
يعطوه ذمة الله تعالى وذمة رسوله فلا تفعلوا ومراده والله اعلم ان لا يحلفوا بهما
يمين قال ﴿ وعاهد الله نذرا حيا ونذرا لله تعالى يعني انه يكون يمينا وذلك
لقوله عليه السلام من نذر نذرا سماه فعليه الوفاء به ومن نذر نذرا لم يسمه
فعليه كفارة يمين وقال النبي عليه السلام النذر يمين وكفارته كفارة يمين قال ﴿
وان فعلت كذا فانا يهودي او نصراني او كافر يعني ان فعلت كذا فهو كما قال
حنيفة اذا قال انا بريء من الاسلام ان فعلت كذا فهو يمين وقال الحسن بن زياد
رحمه الله اذا قال انا بريء من كل ملة سوى الاسلام ان فعلت كذا ففعله فعليه
كفارة يمين وقال ابو يوسف لا يكون حالفا بكفر اعتاده او لم يعتده لان
ارتكاب المحظور شرعا ففيه الكفارة اذا حنث به وكذلك اذا قال
اعبد الصنم او زان الله او احد الصنم وهذا كله استحسان والقياس ان
لا يكون حالفا به وقال الشافعي وجه القياس انه حلف بمعصية فصار



لم تحنث وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان تحنث وجه القياس
ان الكفر والقراءة كلام مضاف بغير وجه الاستحسان ان ذكر غير مراد
ولا مقصود لما ليس في العادة الا ترى انهم يقولون فلان لم يكلمنا يا صلوة
وان كان قد قرأ فيها فاما اذا قرأ القرآن لغير الصلوة لا تحنث وقال
الشافعي لا تحنث والتزم بعض اصحابنا اذا ابى او كره انه لا تحنث لنا
ان الكلام جبارة عن حروف منظومة واصوات مقطعة فيجب ان تحنث
اذا اتى بذلك الا بما يستثنيه من يمينه بلفظ او عبارة فان قيل ما ليس بكلام
حقيقة كالقراءة في الصلوة اكثر كذكره في غير الصلوة اصله الاشارة قيل له هو كلام
في الصلوة لانه مستثنى من يمينه بالعادة الا ترى ان الانسان لا يعد
عاما تركه الكلام ليدع الصلوة فصار ما اتى به في الصلوة من الاذكار خارجا
عن يمينه بالعرف فهو كالخارج بالاستثناء قال ﴿ ومن حلف
لا يلبس ثوبا هو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث وكذلك اذا حلف لا يركب
هذه الدابة وهو راكبها فنزل لم يحنث وان لبث ساعة حنث وهذا
الذي ذكره قول اصحابنا وقال زفر يحنث بكل حال وجه قوله ان اليمين
تنعقد على ما يمكن الاحتراز منه دون ما لا يمكن الاحتراز منه الا ترى
ان الانسان يحلف ليدخلن الدار وهو يعلم ان ما بين الحالف وبين الدخول
لا يمكن الاحتراز منه فكذا اليمين سواء وجه قولنا ان وجود
عقب اليمين جزء من الركوب واللبس فصار كما لو لبثه بعد اليمين
قال ﴿ وان حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود



وخروجه على البديهة وان لزم من حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وهو
شيخ لا قلنا ان اليمين بقايا الاسم ولم يخرج بها اذا زال الاسم
وهاهنا قد بقيت مع زوال الاسم لا يلزم فان قيل ما لا يدخل في اليمين
مع الاطلاق وجب ان يخرج منه مع التغيير اصله اذا قال والله لا اكل
حنطة فاكل دقيقا قيل له اذا اطلق حملت اليمين على المعتاد المتعارف
واذا غير حمل على ما يتناوله الاسم مطلقا وغير مطلق الا ترى انه لو قال
والله لا اقعد في سراج وكذا في الشمس لم يحنث وان قال لا اقعد
في هذا السراج حنث بالقعود فيها قال ﴿ ولو حلف لا يدخل هذا البيت
فوقه بعد ما انهدمت لم يحنث وذلك لان البيت اسم البناء لغة البيوت
الاجنبية بيوتا واذا زال البناء زال الاسم فزالت اليمين قال ﴿ ومن حلف
لا يكلم زوجة فلان فطلقها فان تكلمها حنث وان حلف لا يكلم عبد فلان
او لا يدخل دار فلان فباع فلان عبده وداره فكلم العبد ودخل الدار لم يحنث
والوجه الذي ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يحنث وجه قوله
ان الدار والعبد لا يقصد بالعقد وانما يتخذ من دخول الدار وكلام العبد
فتعين عود اليمين اليهما وتصير كما اذا حلف لا يركب دابة فلان فباعها
وليس كذلك زوجة فلان لان عقد الزوجية يقصد في نفسها لا على وجه الولاية
فالمقصود فيها والاضافة للتعريف فلذلك لم تحنث وجه قول ابي
حنيفة ان التعيين اذا حصل بسقط حكم الاضافة كما قال الاكثر صار هذا الطلاق
بائنا ثم كلمه حنث وحق ان لا يحنث لانه كلم هذا الشاب فكلمه وصار
شيخا حين

Mohammad Hussain Library

انه لا يحنث وجه قولهما ان الفراش لا يقصد بالنوم وينفرد نفسه فصار هو المقصود بالنوم دون الاول فلم يحنث كمن حلف لا يجلس على هذا السرير فجلس على سرير آخر فتعلق عليه وجه قول ابي يوسف ان كلا واحد من الفراشين مقصود بالنوم الا ترى انهم يجعلون احدهما فوق الآخر لزيادة الوطاء فصار الاول مقصودا كالثاني لم يحنث قال ومن حلف بيمين وقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه وذكر ان هذه الكلمة يدخل في الكلام ليرتفع حكمه بدليل ما ذكر ان هذه من موجبات اليمين قال ستجدني ان شاء الله صابرا ثم لم يصبر ولم يكن حالفا وعن النبي عليه السلام انه قال من حلف على يمين فقال ان شاء الله فقد برئ من يمينه وقد وجدنا هذه السنة قبل هذا تقدم وبها خلاف ابن عباس اذا لم يصل ذكر بكلامه قال ومن حلف لا يكلم فلانا حينا فكلمه بعد سنة فقد بر في يمينه لان الحين في اللغة اسم لوقت غير محدود قال الله تعالى تؤتي اكلها كل حين باذن ربها قال ابن عباس رضي الله عنهما هي نخلة جذ ثمرها وطلعها ستة اشهر وقد روي سنة بين ان طلع الى ان يطلع ولا يجوز ان يراد بالحين بعينه ساعة لان من افتتح من وقت لا يمنع يمينه ويجوز ان يحمل على اربعين سنة لانه اراد ذكر المدة الا انه اكثر الغير فيجب ان يحمل على الوسط وهو ما روي عن ابن عباس وسعيد بن المسيب انهما قالا ستة اشهر فان قيل وقت متى فينا ان القليل والكثير قيل له اذا كان الاسم مشتركا يجري الدية الخالف فان لم يجز حمله على القليل لان الاطلاق لا يتناوله والزمان ما دخل في معنى الحين قال وكذلك الدهر عند ابي يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة لا ادري ما الدهر فان كانت له نية فهو على ما نوى ومن اصحابنا من قال ان الدهر والدهر هو الابد لا خلاف بينهم فيه وجه قول ابي حنيفة ان الدهر لم ينقل عن اهل اللغة فيه تقدير معلوم فلم يجز اثباته ويرجع الى نية الحالف وجه قولهما ان هر ايذكر ويراد به ما يراد بالحين يقال ما رايتك منذ حين كما يقال ما رايتك منذ دهر فاعتبر قدر احدهما بالآخر فاذا دخل عليه الالف واللام صار عبارة عن الابد وقول ابي حنيفة لا ادري ليس بجحد كما روي ان ابن عمر سئل عن افضل الدعاء فقال لا ادري ثم هبط عليه جبريل عليه السلام

واحدة وارجاعه على الاشياء فجعل ذكر احدهما غير مجاز لان الحين غير يعبر عن الوقت الطويل قال الله تعالى فسبحان الله حين تمسون وتصبحون وعبر به عن اربعين سنة قال تعالى حين من الدهر فيراد به اربعين سنة فيصير به عن ستة اشهر قال الله تعالى تؤتي اكلها كل حين باذن ربها قال ابن عباس رضي الله عنهما هي نخلة جذ ثمرها وطلعها ستة اشهر وقد روي سنة بين ان طلع الى ان يطلع ولا يجوز ان يراد بالحين بعينه ساعة لان من افتتح من وقت لا يمنع يمينه ويجوز ان يحمل على اربعين سنة لانه اراد ذكر المدة الا انه اكثر الغير فيجب ان يحمل على الوسط وهو ما روي عن ابن عباس وسعيد بن المسيب انهما قالا ستة اشهر فان قيل وقت متى فينا ان القليل والكثير قيل له اذا كان الاسم مشتركا يجري الدية الخالف فان لم يجز حمله على القليل لان الاطلاق لا يتناوله والزمان ما دخل في معنى الحين قال وكذلك الدهر عند ابي يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة لا ادري ما الدهر فان كانت له نية فهو على ما نوى ومن اصحابنا من قال ان الدهر والدهر هو الابد لا خلاف بينهم فيه وجه قول ابي حنيفة ان الدهر لم ينقل عن اهل اللغة فيه تقدير معلوم فلم يجز اثباته ويرجع الى نية الحالف وجه قولهما ان هر ايذكر ويراد به ما يراد بالحين يقال ما رايتك منذ حين كما يقال ما رايتك منذ دهر فاعتبر قدر احدهما بالآخر فاذا دخل عليه الالف واللام صار عبارة عن الابد وقول ابي حنيفة لا ادري ليس بجحد كما روي ان ابن عمر سئل عن افضل الدعاء فقال لا ادري ثم هبط عليه جبريل عليه السلام

فقال سألت ربي عز وجل فقال المسلمون افضلها احلهما من جاءها اولها وانصرف احرا وبشر اهلها من جاءها احرا وانصرف فالا وعن علي رضي الله عنه انه سئل عما لا يسع الجاهل ان يجهله ولا يسع العالم اذا سئل عما لا يعلمه ان يقول لا اعلم قال ولو حلف لا يكلمه اياما فهو على ثلثة ايام وذلك لان ذكر لفظ جمع دخل الجمع ثلثة ايام قال وان حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام وقال ابو يوسف ومحمد الايام الاسبوع وجه قول ابي حنيفة ان الالف واللام للجنس لا تفيد حضور ما يسمى اياما وذكر عشرة الاتي انه يقال بعد ذكر احد عشر يوما وجه قولهما ان الالف واللام للعهد والمعهود في الايام ايام الاسبوع فوجب حمل اليمين عليه ذكر قال ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة اشهر عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف هي اثنا عشر شهرا وجه قول ابي حنيفة ان جنس ما يسمى بالشهور هو عشرة فحمل اليمين عليه ذكره وجه قولهما ان الالف واللام للعهد والشهر المعهود في الاثنا عشر فتناول اليمين ذلك قال واذا حلف لا يفعل كذا ولم يذكر وقتا ابدا او حلف ليفعلن كذا فلم يفعل حتى مات حنث في آخر حياته لان اليمين وذلك لان اليمين اذا اقتضت الفعل في الوقت كان شرط البر عدم الفعل في جميع المدة فاذا تعذر يتعذر شرط البر فيحنث واما اذا حلف على انتفاء الفعل فانه على التأبيد فقد وجد شرط البر لانه لم يفعل ما حلف عليه قال ومن حلف لا يخرج امرأته الا باذنه فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه حنث لانه حلف على كل خروج وقال الشافعي لا يحنث لانه عقد يمينه على خروج واستثنى

خروجا واحدا وكل خروج لم يدخل في الاستثناء فهو داخل اليمين فيحنث به لما قلنا ولو حلف ان خرجت الا ان يبدو لي فخرجت ثم بدا له ان لا تخرج فخرجت بغير سيده وقع الطلاق فان قيل هذه اليمين جعلت مانعا من الخروج بغير اذنه فاذا خرجت بالاذن وجب ان يبر ويسقط اليمين اصلا اذا قلنا الا ان ذلك قبل قوله الا اذا ذكر لكن اذا دخل على ما يتوقت كان التوقيت دليل قوله الا يريد الدخول الذي يتوارى به فلا يخرج الا ان تقطع فلو جاز التوقيت لم يدخل ما بعده في اليمين وبصير اليمين بمنزلة قوله ان خرجت اليوم الا باذني فيعتبر الاذن في خروجها في ذلك اليوم دون ما بعده كذا ذكر قال ولو قال الا باذني لكل خروج فخرجت مرة واحدة ثم خرجت بعدها بغير اذنه لم يحنث فقد بقي اذنه لكل خروج قال ولو حلف لا يتغدى فتغدى بعد طلوع الفجر ولم يتعش حتى مضى من صلوة الظهر الى نصف الليل ثم اكل السحور من نصف الليل الى طلوع الفجر لا يحنث لانه اعتاد غداء وعشاء فاكل الغداء بعد الزوال لا يسمى غداء وما بعد نصف النهار هو اول وقت العشاء والاكل مساء به وهو ما قاله وقوله واكل السحور قد قال الا ان يحنث اذا اكل حتى يأكل اكثر من شبعه لان من اكل لقمة لا يقال تغدى وقالوا الصابر يقتدر ان يأكل ما يقيمه به الشبع فان اكل خبزا لكل لم يحنث وقالوا في الخبز اذا حلف لا يتغدى فشرب اللبن لم يحنث لانه لا يشبع به الشيخ وان كانت اللبن من نوع حنث لان ذلك غداء في البادية قال ومن حلف ليقضينه دينه الى قرب فهو ما دون الشهر وان قال الى بعيد فهو اكثر من شهر وقال الشافعي

لعمدة كالنبات الذي له ساق وورق الشجرة كحمل القريب والشعير وما يجز مرة بعد اخرى لانه لا يحصل منه دون الشهر احتراز عن غالب الاحوال فهو يسير عرفا وكذا ان القريب والبعيد متضادان فهو الذي يقتضي ان يكون احدهما الاخر فان قيل هلا من زمان الامر قريب بالاضافة الى ما هو بعده وبعد بالاضافة الى ما هو اقرب فليس احدهما اولى من الاخر قيل له انما يجب ان نحمل على ما تدل عليه الاسم عند الاطلاق ولا يعتبر الاضافة الى غيره قال ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج منها بنفسه وتركه فيها اهله ومتاعه حنث وقال الشافعي لا يحنث لنا ان السكنى تكون بنفسه وقد اسكن به في العادة على ما بيناه ولان الناس هكذا يسكنون حتى ان من حلف لا يسكن في البيت وبات فيه لا يقال انه سكن فيه ولو كان معه من ماله حتى لا يكون قليل سكن البيت فاذا حلف لا يسكن فقد انعقد يمينه على الزمان ما مضى به سكنا فاذا زال عنه لم يبق فيه فكيف يكون ما مضى من الثلثين فعلا احدهما ولان الدار تضاف الى الانسان بالسكنى وان كان في سوقه اذا كان فيها اهله ومتاعه فاذا خرج بنفسه واهله ومتاعه فقد زال عنه اسم السكنى فلا يحنث بالشك قال ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه في بعضه قرضا او وديعة او مستحقة لم يحنث الحالف وان وجد مستحقا فكذا او مستوفاة حنث وذلك لان الزيوف والنبهرجة من جنس الجياد بدليل ان الجياد تؤخذ في ثمن الصرف واذا كان كذلك وقع بها الاقتضاء الا ان فيها عيبا في غيبته وكذا المستحق يقع به القضاء انما يفسخ فيه القبض بعد ذلك لعدم الاجازة واذا وقع به الاقتضاء في غيبته وليس كذلك الرصاص المستوفاة لانها ليست من جنس حقه ولا يجوز التجوز بها في ثمن الصرف فلم يقع بها القضاء في غيبته اذ الصرف اليوم ولم

يسكن فيه مع ان الايمان مبناها على العادة واذا صار ساكنا بنفسه وبامتعته ونوى ان لا يسكن يكون ذا في البيت قال ومن حلف ليصعدن السما وليتبلن هذا الحجر حنثا انعقدت يمينه حنث فيهما والاصل في هذا ان اليمين عقد والعقد لا يتم الا بمعقود عليه موجود او متوهم الا ترى ان يمين الانسان لما حاجة جائزة لوجود المعقود عليه وكذلك يجوز ان ينعقد لازما المعقود عليه متوهم وحوله في العقد واذا ثبت هذا قلنا الصعود الى السما وقلب الحجر ذهبا متوهم وجود لان كل ما يوجد خلق الله تعالى وقد صعد الانبياء عليهم السلام الى السما والملائكة يصعدون ايضا فتقرر خبر صعوده ذكر واذا كان اليمين منعقدا لوجود المحلوف عليه فيها انعقدت فاذا حنث عقيبها لان البر ليس له وقت منتظر لان الله تعالى لم يجر العادة ان يفعل ذلك في خبر زمان من الانبياء عليهم السلام فحنث في غيبته يلحق حكم شر الامر قال ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه في وجه فلان بعضها زيوفا او نبهرجة او مستحقة لم يحنث الحالف وان وجد مستحقا فكذا او مستوفاة حنث وذلك لان الزيوف والنبهرجة من جنس الجياد بدليل ان الجياد تؤخذ في ثمن الصرف واذا كان كذلك وقع بها الاقتضاء الا انه سيقا بعيب في غيبته وكذا المستحق يقع به القضاء انما ينفسخ فيه القبض بعد ذلك لعدم الاجازة واذا وقع به الاقتضاء في غيبته وليس كذلك الرصاص المستوفاة لانها ليست من جنس حقه ولا يجوز التجوز بها في ثمن الصرف فلم يقع بها القضاء في غيبته اذ الصرف اليوم ولم

البينة بالدعوى لان الدعوى من حكمها ان تقع في معلوم والمنفرد لا يضبط الا بوجه اشارة ليقع الدعوى على عينها قال وان لم يكن بينهما ذكر قيمتها الا اذا تعذر مشاهدة عينها وجب من ذكر قيمتها لان الدعوى على معلوم قال وان ادعى عقارا وجده وذكر انه في يد المدعى عليه وانه يطالبه به وذلك لان العقار يصير معلوما بالتحديد فيه الاشارة وفي المنقول لا يصير معلوما بالتحديد لان تحديد غير محدود ولهذا لم يجز عند الارض فيبقى الدعوى على عينها ويشير الشهود اليها بالشهادة وكذلك قال اصحابنا المتاخرون في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرحى والحجر ان مثل الحاكم حضر عندها ان شاء لان نقلها لا ينضبط بالحدود ويشق نقلها فيسهل الشهادة عليها عينا وانما قوله وذكر انه في يد المدعى عليه لانه اذا لم يكن في يده خصومة بينهما وقوله انه يطالبه لان المطالبة حق المدعي فليس للقاضي فعله الا بمسئلة صاحب الحق قال وان كان في الذمة ذكر انه يطالبه به فذكر ان الدعوى يقع فيما في الذمة وقد حضر صاحب الزمه ثم سبق من جملة الدعوى الان ذكر انه يطالبه به قال واذا صحت الدعوى سئل المدعى عليه عما ادعاه لما روينا ان الدعوى اذا صحت تعلق بها احكام منها لزوم الدعا عليه حضور القاضي لحكم وتدل عليه قوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون والزم على الامتناع من الحضور بدل على وجوبه وروي عن علي رضي الله عنه ان

ان امرأة الوليد بن عقبة جاءت الى النبي عليه السلام فدعا على زوجها وسلم عليه فلم يرد عليها واخبرها بما صنع به من شتمه فكبه الدعوى فجاء به ولان الاحكام تعرض الناس فلو لم تجز الدعوى الا بعد الحضور لتضرر الناس بحضور الدعوى ذا الحضور على الخصم بالدعوى ذا الحضور لما وجب الحضور فلزم الحلول ولهذا قلنا يلزم اليمين له اذا نكل وقد دل عليه ما روي ان عليا رضي الله عنه قال كنت اذا سألني رسول الله صلى الله عليه وسلم عن حاجة اعطاني واذا سكت ابتدأني واذا جاءني احد اعطيته فكتب ابن عباس رضي الله عنهما الى معاوية رضي الله عنه يسأله عن شاهد ويمين فكتب اليه ان عليا قضى بذلك عندكم بالعراق فكتب اليه ابن عباس رضي الله عنهما ان شاهدا واحدا ويمين المدعي ليست بينة فكتب اليه ابن عباس رضي الله عنهما ان البينة فلم يكن بينة فاستحلفه واقر الحق عليه وان الذين يشترون بعهد الله وايمانهم ثمنا قليلا نزلت في الذين يحلفون على ما ادعاه الرجل وعن ابن عباس رضي الله عنهما ان رجلا ادعى على رجل مالا فجحده فاراد ان يحلفه فقال النبي عليه السلام ان شئت فاحلف وان شئت فله يمينه فانطلق ليحلف فقال النبي عليه السلام من اقتطع مال رجل بيمين فاجرت له النار فرجع فقال ما اخذته

المدعا عليه اذا قال المدعي لي بينة حاضرة فلضاء وجب اجابته الى سؤاله عن البينة
قال ش فان احضرها قضى بها وذلك لان البينة حق المدعي
والحق لازم له والحاكم مجبور على الحكم للمدعي لا لانه خصم فاذا اقامت البينة
للحكم بها لا لتقوى المدعي فلم يكن فيه تهمة قال ش واجبر هو ولكن
وطلب تحليف خصمه استحلف له وجاز بها لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين
على من انكر ولان القاضي منصوب لقطع الخصومة وذلك يكون باحد
امرين اما باقرار او بينة او يمين وقد عدم الاقرار والبينة فلم يبق الا
اليمين وانما قلنا لا يستحلف الا بعد المطالبة لان اليمين حق قد يستوفيه
ويعاد الا ترى سائر الحقوق قال ش وان اقام بينة حاضرة
وطلب اليمين لم يستحلف عندنا خلافا لمالك وقال الليث وابن ابي ليلى
وابو يوسف عند يحلف وقال احمد يستحلف وجه قول ابي حنيفة ان اليمين
انما تتعلق بها حكم مع البينة كان حضورها في المصر بمنزلة حضور
المدعي عليه في مجلس الحكم اصله الشاهد على الشهادة وجه قولنا ما روينا
ان اليمين في جنبه ولان في تحليفه مع البينة ضررا ظاهرا وهو ان
يحلف فيستغني عن احضار شهوده وطلب البينة وربما ينكل فيحلف المدعي
ويقضى له بما لا يستحق قال ش ولا يرد اليمين على المدعي وقال
الشافعي ترد اليمين على المدعي اذا امتنع فضاؤه باصل لنا قوله عليه السلام
البينة على المدعي واليمين على من انكر عليه والالف واللام للجنس وظاهر
يقتضي ان البينة لا تجب الا على المدعي واليمين لا تجب المدعا عليه
ولان هذا الكلام خرج مخرج الحكم لليمين والتفصيل فلا يجوز ان ينقل

حكم المدعا عليه الى الاخر وهذا كقوله عليه السلام الولد للفراش وللعاهر الحجر وقوله
عليه السلام البكر تستأمر نفسها والثيب تشاور وقوله عليه السلام شاهداك او يمينه
ولانا لو قبلنا البينة بعد اليمين فلا يخلو اما ان تقبل بينة المدعي او بينة
المدعا عليه فان قبلنا بينة المدعي فلم يكن فيه فائدة لان بينته قامت على
ما اقر به المدعا عليه فان قيل روي ان النبي عليه السلام رد
اليمين على المدعي قيل له نحمل ان يكون المدعا عليه ادعى وفاء مثل
هذا الموضع يرد اليمين عليه فان قيل روي ان عثمان انتزع من المقداد
ثم استظفاه فزوره فتحاكما الى عمر بن الخطاب فاراد ان يحلف المقداد قال
له عثمان فاذا متع قيل له روي عن علي رضي الله عنه انه حضر مجلس شريح
وعرض عليه اليمين فامتنع شريح من الرد فقال له علي رضي الله عنه
هذا هو الحق والذي روينا ان النبي عليه السلام قال للانصار في قصة عبد الله بن
سهل لما وجد قتيلا تحلفون وتستحقون دم صاحبكم فلا دليل
فيه لانا نعلم بما قال فلك في سبيل الانكار عليه دليل ان اليمين عند الله
لا ترد على المدعي الا بعد نكول المدعا عليه واليهود لم يستحلفوا ولم يستحلفوا اليمين
وانما قال الانصار لا بد لنا من احد امرين فدل ان الكلام خرج على وجه الانكار
قال ش ولا يقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق وقال الشافعي
تقبل بينة صاحب اليد واذا اقام الخارج البينة لما ان الخارج هو المدعي
المدعي بدليل ان يدعي خلاف الظاهر ولان اليد حجة على الخصومة اذ لو
وقد قال النبي عليه السلام البينة على المدعي واليمين على المدعا عليه فاقتضى
ان كل بينة تثبت في حق المدعي فلم يوقت بينة تثبت في جنبه المدعا عليه

ولان اقام البينة على ما يشهد له ظاهر يده فلا يقبل كالو اقاما بينتين
ولم يؤرخا البينة ولم يلزم البينة بالسراح لان الظاهر لا يزول على قدم الكل
لان اقام البينة على امر لا يدل عليه ظاهر يحتاج ولكن البينة على الملك
فان قبل البينة وضعت في جنبه من ضعف سببه ولهذا لو وضعت البينة
في جنبه الخارج لضعف سببه جانب اليد فقبلت بينته قبل له
لانا لم نر البينات وضعت في جنبه من ضعف سببه وانما وضعت في
بينة المدعي فلهذا وضعت البينة في جنبه الخارج بكونه ضعيفا لا لضعف
سببه فهذا باطل اذا في الخارج ثم اقام صاحب اليد البينة اخلا يقبل
مع ضعف سببه قال ش واذا كل المدعا عليه عن اليمين قضا
عليه بالنكول لزمه ما ادعي عليه وقال الشافعي لا يجوز القضا بالنكول لنا ان
اجماع الصحابة قد تم على ذلك روي ان عليا رضي الله عنه قضى بالنكول
وروي انه اختصما الى عثمان وقضى بالنكول وعن ابن عباس رضي الله عنه
قضا بالنكول في حديث ابي ملكة الذي رويناه ولم ينقل عن احد خلاف
ذلك ولانا لا نعلم ان رد اليمين على المدعي واجب فانا ما ذكرنا ان
النكول بمنزلة اقراره فقد دللنا عليه انا لا نجبره ولا يجوز ان يجبر على
اليمين في الاموال لبينة نفس الحق بدليل انه لو بذل المال لم يحلف واذا
امتنع منها لم يحبس فلم يبق الا القضا بالنكول ولان البينة واليمين كل
واحد منهما سبب لقضاء الخصومة فاذا جاز ان يقضي احدهما الا
يستحق ذلك الاخر مال الانسان لا يستحق الا باقراره او

البينة او الاباحة والنكول ليس باقرار لانه يمكن ان لا يثبت به القصاص والنكاح
وليس ببينة بدليل انه لا يثبت به النكاح والقصاص وليس باباحة لان الناكل كاذب
والكاذب لا يثبت مع الكراهة قيل له هذا قسم اخر هو معنى البدل
لان الحق في الدين قائم مقام البدل ويجوز ان يجبر القاضي على ما هو في معنى
البدل بدليل صحة الصلح عن دم العمد على مال بدل الحال اذا قال للباقي ان
قتل هذا الابل خير ان كانت حنوطية انه يلزمه الخلود ذكر بعضهم انه يستحب
ان يكل قضا عليه بالزكوة مع وجود هذه الاقسام فان قبل لو سكت لم يحكم
عليه مع وجود النكول قيل له اختلف الروايات في ذلك فقال بعضهم
انما يحكم اذا سكت سأل القاضي عنه هل هو مجبر او طوعا فان قالوا
جعله ناكلا قضى عليه ومنهم من قال يسع ان يجبره والاول هو
الصحيح قال ش وينبغي للقاضي ان يقول له اني اعرض عليك اليمين
فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه فاذا كرر عليه القول ثلاث مرات
قضى عليه بالنكول هكذا ذكر الخصاف قال ابو الكتب المسئلة على
الاطلاق فان هذا هو المذهب ووجهه ان النكول عندنا حجة كما
في مقام البدل فلا يعتبر فيه التكرار كما لا يعتبر في البينة وعلى قولهما
هو في مقام الاقرار والاقرار لا يعتبر فيه التكرار ايضا وان كان المذهب
ما ذكره الخصاف فالوجه فيه ان النكول اضعف من البدل لان في مقام البدل
في الجملة قوي بالتكرار ولان الناكل قد لا يحلف فالنكول وما يلزمه به وهذا
قوله القاضي في الزيادات ان لم تحلف قضيت عليك فوجب ان تكرر ليعرف

ان الملك تم بنفس العقد واعتاده الضمان فصار كالتعيب وجه قول محمد ان من اصله ان يصحح البيعات ما امكن او يحسن ظن بالشهود ومن حكمنا بتقدم البيع هو وصف التسمية في النكاح وهي تقدم النكاح بطل البيع فيما ادي الى تصحيح العقد بين فهو اولى فاذا كان من اصله الشري اولى بسبب للمراة قيمة ذلك على الزوج لان من تزوج امراة على ملك غيره صح التسمية وكان لها القيمة كذلك هذا قال ش وان ادعى احدهما رهنا وقبضا والاخر هبة وقبضا فالرهن اولى وهذا استحسان وذكر في كتاب الشهادات ان الهبة اولى وجه القياس ان الهبة فيها اثبات ملك مطلق اولى من اثبات الرهن الذي هو حق وجه الاستحسان ان الرهن يتعلق به حكم والهبة لا يتعلق بها الحكم فصار الرهن مع الهبة كالبيع مع الهبة قال ش وان اقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ اولى وذلك ان صاحب البينتين قد اقام البينة انه اول المالكين وان الشيء لا يستحق الا من جهته واقام الاخر البينة على الاستحقاق لا من جهته فلم يقبل بينته كصاحب التاريخ والملك المطلق وقال الشافعي في ذلك قولان احدهما صاحب السنة اولى والاخر يتساويان قال لان صاحب السنة اقام البينة على ملك حادث فصار كما لو اقام البينة انه اشتراه منه قيل له ينتقض اذا اقام احدهما البينة على الشراء واقام الاخر انه له صدا بينتين قال ش وان ادعى الشري من احد واقاما البينة على تاريخين فالاولى اولى وذلك لما ذكرنا انتقالا على ملك البائع وانتقاله من جهته وبينة احدهما يقتضي انه اول المالكين وان الشيء يعود ذلك

لا يملك الا من جهته فاذا لم تقبل البينة الاخرى على ذلك لم يقبل قال ش وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من اخره وذكرا تاريخا فهما وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف فهو حجة وقولهما على ما ذكرنا في الاصول وجه ان صاحب ذات اولى اثبت الملك لنفسه في وقت متقدم لم ينازعه صاحبه فيه فلا يستحق الملك بعد ذلك الا من جهته وقد اقام الاخر البينة على الاستحقاق من غير جهته فلم يقبل بينته وعلى رواية الاملاء عن محمد لا يعتد بالتاريخ لان المشتري يثبت ملكا بائعه وذكر غير مؤرخ فتاريخه لملكه لا يعتد به وصار كان البائعان حضرا واقاما بينة على الملك من غير تاريخ فيكون اخصما قال ش فلو وقت احدى البينتين ولم يوقت الاخر فهما سواء وذلك لان بوقت احدهما لا يدل على تقدم ملكه جواز ان يكون بينة الاخر اولى لو وقت وقتا كان اقدم واذا لم يدل على احد هم ستة التاريخ خلافا فاذا كان البائع واحدا على ما بيناه واذا كانت الدار في يد رجل فاقام رجل البينة انها له مات ابوه وتركها ميراث واقام اخر البينة على مثل ذلك ولم يوقتا فهي بينهما نصفان وهما في سبب الاستحقاق واذا وقتا فهي لصاحب الوقت الاول في قول ابي حنيفة وابي يوسف على نظم واحدى الروايتين عن محمد وفي الرواية الاخرى عن محمد هما سواء وجه قوله ان صاحب التاريخ اقام البينة انه اول المالكين وان الملك في المدة لا يستحق الا من جهته فكان اولى كما لو كان ذلك في الملك المطلق وجه قول محمد ان كل واحد من الوقتين اثبت الملك للميت بدليل ان دين

يقضى منه ولا يثبت له الملك الا بعد ثبوته للميت فصار كان الميت حضرا واثبتا ملكهما من غير تاريخ فيكون بينهما قال هشام سالت محمدا عن ذلك فقال بينهما قلت لم وقد وقتا قال لم يوقتا متى كانت الميت قلت فان ارخا ملك الميت قال لصاحب التاريخ الاول وكان ابو يوسف اولا يقول في الشري من اثنين انه لصاحب التاريخ الاول في قوله ويفرق محمد بين الشري والميراث بان المشتري يثبت الملك لنفسه ولا يقوم مقام بائعه في الملك وفي الميراث بخلافه الا ان محمدا قد ذكر في الاملاء الشري ايضا ان التاريخ لا يقبل الا ان يؤرخا ملكا لبائعين ووجه ان المشتري لا يسأله الملك الا بسلامته لبائعه فصار مقرا بحكم الوكيل البائع قال ش وان اقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد على ملك اقدم تاريخا كان الولي في هذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف وقول محمد الاول ثم رجع فقال الاقبل من الذي في يده بينة على وقت ولا غير وجه قولهما ان صاحب اليد اقام البينة انه اول المالكين وان الشيء في المدة لا يستحق الا من جهته فيقبل بينة على الاستحقاق من غير ذكر الجهة كما لو اقام صاحب اليد البينة على النتاج وجه قول محمد ان التاريخ ليس بحجة الملك انه اقام البينة على الملك المطلق واما اذا اتفقا على الوقت فان بينة الخارج اولى من قولهم لان التاريخ لا يدل على سبق احد الملكين فصار كما لو اقاما البينة من غير تاريخ وان وقت بين احدهما ولم يوقت الاخر فالبينة بينة الخارج عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف ان الذي

وقت اولى وجه قولهما ان تاريخ صاحب اليد لا يدل على تقدم ملكه لجواز ان يكون الخارج لو وقت بشهوده كان ملكه اقدم فاذا لم يدل التاريخ على تقدم الملك سقط ذكر البينة فكانت بينة الخارج اولى وجه قول ابي يوسف ان بينة صاحب اليد قد قامت على الملك فكانت اولى من الملك المطلق كالمدعيين للشري من واحد اذا ورخ احدهما فان الجواب ان الشري بعد حادث فاذا لم يورخ حكم بوقوعه في الحال فكان المتقدم اولى بعينه والملك لا يسبق بعد حادث فيجب ان يكون ملك الاصل فلا حكم لوقوعه في الحال واما اذا كان الشيء في ايديهما او في ايدي ملك واحد منهما بينة وارخ احدهما سقط التاريخ عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف الذي وقت اولى فان كانت الدار في ايدي ثالث وادعاها خارجان واقاما البينة ووقت احدهما فهما سواء عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف الذي وقت اولى وقال محمد الذي اطلق اولى وجه قول ابي حنيفة ان التاريخ لما لم يدل على تقدم الملك سقط فكانهما اقاما البينة على ملك مطلق وجه قول ابي يوسف ان صاحب التاريخ اثبت ملكا سقوطا فكان اولى كالمشتري وجه قول محمد ان البينة بالملك المطلق تدل على ملك الاصل بدليل ان من اقام البينة على ملك في يد غيره استحق اولادها فملك الاصل اولى من التاريخ قال ش وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد اولى وقال ابو يوسف الخارج اولى لما روي جابر بن عبد الله ان رجلا ادعى ناقة في يد رجل واقام كل واحد منهما البينة انه نتجها فقضى رسول الله عليه السلام لصاحب اليد ولان صاحب اليد قد دلت بينته على معنى لا يقضيه ظاهر اليد

بمنزلة بينة الخارج فاذا كان كذلك تساوت البينتان ومع صاحب اليد ترجح باليد فكان القول هذا هو الذي من المذهب وعن عيسى بن ان يتحالفا وتسقط البينتان وتركا الشيء في يد الآخر لاعلى طريق القضاء ووجه ان الناس قد عرف كذب احدى البينتين وليس احدهما باولى من الاخرى فوجب ان تسقطا كشاهدي ان قال ان قال يوم الخ مكة والاخرى انه قال يوم النحر بمكة والجواب ان الشهود لا يشهدون بالنتاج بمشاهدة الولادة وانما يشهدون بالفصل بقبض الام فيشهدون اذا فصلها فاحكم بكذب احد الفريقين كما لا يحكم بكذب احدهما اذا شهدوا بملك مطلق فان وقت كل واحد منهما فهو على ما قلنا لان كل واحدة من البينتين قضاء بما قامت عليه لان الشاهد يقصد بشهوده فكان اولى فان اشكل سقطتا لانه لا مرجح فيه فكانهما اقاما البينة على النتاج خاصة هذا ان خالف بين الوقتين فصار في الصاحب السن قال الحاكم ابو محمد ان بطلت البينتان وصور دابة الليث لان السن معنى لا يعلم وقد ذكرت البينتين معا فسقطا ويبقى الشيء في يد الصانع اعترف بنسب غلام لا يولد مثله لمثله وجه الرواية الاخرى ان اعتبار النتاج انما هو لاجل الولد اذا لم يكن فيه فائدة سقطا وصار كانهما لا بينة لهما قال فان اقام البينة على النتاج والاخرى على الملك فصاحب الملك اولى بهما لان بينته اثبتت ما لا يعلم الا من جهته واقام الآخر البينة على الامر الظاهر وهو غير ملكه

لجهة فالقول قوله وكذلك الصبي والشاب الذي لا يشبه الا هذا واحدة قال ابو محمد لا ينكر وذكر مثل قول قطن في يد رجل اقام بينة انه غلامه ولد في ملكه واقام خارج انه غلامه لا نعلم انه ولد في ملكه الا بقوله فالبينة بينة الخارج لان صاحب اليد لا ينكر ان الغلام ولد في ملكه وانما ادعى ان الخارج باعه منه وهو ينكر فكان على صاحب اليد اليمين ما لم يقم الخارج بينة على الولادة وان نكل ردت اليمين على الخارج فحلف واستحق وهذا مثل الخز فاذا باعه مرة بعد مرة فان الشكل ذكر بيعه فيه الى اصل الصنعة لا الى غيره من غير فان الشكل عليه فقضي به للخارج لان الاصل ان البينة بينة الخارج وانما عدلنا عن ذلك لخبر النتاج فاذا لم يعاضه عدنا الى الاصل وقد قال في الدابة عارية جسناها في يد رجل وان كل واحد من البينة تقول ان الدابة كانت لواحد منهما البينة ان الجمل له صنعة في ملكه فصاحب اليد اولى لان صاحب السبب لا ينكر فصار كالنتاج وان اقام كل واحد البينة ان الجمل الذي صنع هذا الثوب منه له صنع منه الجمل في ملكه فقضي للخارج لان الثوب في يده وقد اقام كل واحد منهما البينة على ملك مطلق فالخارج اولى وان اقام كل واحد منهما البينة ان ذلك البز جلب في يده فانه يقضي به لصاحب اليد لان الخارج لا ينكر وان اقام كل واحد البينة ان الجمل له صنعة في ملكه من ليس جلب في ملكه من ساعته وان الشاة له فانه يقضي به للخارج لان الاختلاف وقع في الشاة وقد اقام البينة على ملك مطلق وان اقام البينة ان ذلك الشاة ولدت عنده فصاحب الجمل لصاحب اليد لان الولادة معنى لا ينكر قال في الاصل

واثار عاشاة واقام كل واحد بينة على النتاج فقضاء لصاحب اليد واقام احدهما بينة انه نتج في ملكه واقام بينة على ذلك فهو لاولى لان صاحب البينة وذلك لان بينة صاحب اليد لم تشهد على حق هذا الذي في يده انما شهدت على حق غيره ولو شهد الشهود ان هذا الحمل من هذه الشاة ولدته في ملك هذا لان الحمل يتبع الام في الملك دون الارض لان صاحب الارض لا يدعي ان الحمل نبت في ارضه وانما يدعي ان الشاة في ارضه ولم يكن في يده فتعارضت البينتان في الشاة وبقي الحمل في يد صاحب اليد بلا بينة فكان اولى به قال وهذه الخطة من ذرع كذا في ارضه فهو لي اشتريتها منه وهذا في يد الآخر فالقول قول الذي هي في يده لانه لا يدعي شيئا في ملك غيره وانما يدعي حقا في الشيء الذي في يده فكان القول قوله ولو شهد الشهود ان ه

والاقسم يقتضي تعظيم المقسم به وهذا النوع من التعظيم لا يستحقه الا الله تعالى
قال ويستحلف اليهود بالله الذي انزل التوراة على موسى وبالسموات
بالله الذي انزل الانجيل على عيسى والمجوس بالله الذي خلق النار وذكر ان اليمين
لا تغلظ بغير الله تعالى قوم يحلفون بغير هذه الاشياء واليمين بها لا يمكن فوجب
ان يستحلفوا بالله تعالى وجعل ما يعظمونه مضافا الى الله تعالى لتستعظم
اليمين به فاما الصابئة فان كانوا ابو منون بما دون الله استحلفوا بالله
الذي انزل المسيح على ادريس وان كانوا يعبدون الكواكب استحلفوا
بالله الذي خلق الكواكب قال ولا يجاوز بتغليظ اليمين ثلاثين اسما
لان جملة هذه الاسماء انتهاء لتعظيمها وذكر منها عشرة قال ولا
يجب تغليظ اليمين على المسلمين من زمان ومكان وقال الشافعي اذا كان
اليمين في فاسقة او في اللعان او في حال تغلظ فانها تغلظ بمكان ان كان
بمكة فبين الركن والمقام وان كان بالمدينة فعند قبر النبي عليه السلام وفي سائر
البلاد يوم الجمعة بعد العصر لنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على
من انكر ولم يفصل ولان اليمين سبب لقطع الخصومة فلا تختص بمكان
كاليمينة فان قيل كان النبي عليه السلام والائمة من بعده يستحلفون عند منبره
قيل له انما فعلوا ذلك لانهم كانوا يقضون في المسجد فاذا انتشر الناس
لكونه شرطا فان قيل روي ان رجلا اختار رجل تحليف عند منبر رسول
الله صلى الله عليه وسلم فقال قسامة او مال عظيم قيل له هذا يدل انه
لا يستحلف عند كل المال القليل ولا يدل على انه شرط في التغليظ فان



قال النبي عليه السلام من حلف على منبري كاذبا فليتبوأ مقعده من النار اكفى الله وعيده
فضاء فقبل هذا يدل على تأكد حكم اليمين على منبره اعظم العالم فيها ولا يدل انها
شرط في اليمين قال ومن ادعى انه اتلع من عبده بالشخص استحلف بالله
ما ابتعته ولا باع فيه فلا يستحلف بالله ما ابعت وجعل ما قال في هذا الموضع ان
المدعي اذا وقعت خيانته بعده وقوعه فان اليمين يقع على ثبوت حكمه
في الحال ولا يقع على انفس الحق هكذا ذكره ابو الحسن عن اصحابنا وذكر الخصاف
ان الاستحلاف يقع على السبب المدعى الا ان يعرض الفسخ وهو قول ابو يوسف
ومحمد ثم ان الحنفي قولا ان اليمين بعد وقوعه اولا يتغير حكمه فاليمين يقع
على السبب وعلة الكتاب من القسم الاول لان البيع قد نظر اليه الاقالة
والفسخ فلو استحلفه على اصل البيع لم يأمن ان يكون قد حنث بها وجب
بعتبر ذكر فان حلف على اصل البيع كان كاذبا وان لم يحلف ادعى المعيب
الطارئ لم يقبل قوله واذا استحلفه القاضي على ثبوت حكم ذكر في الحال فقد
وفي المدعى عليه حقهما لان المدعي مقصوده ثبوت احكام العقد وقد
امكن ابقاؤها حقهما كان اولى من ابطاحق احدهما واسقاط حق
الاخر وجه الرواية الاخرى ان اليمين يستوفي بحق المدعي فوجب ان يكون
بسلامته له وجواز ان يكون الحكم قد تغير لا معنى له لان الكلام في حق
المدعا عليه وبذكره ان يعرض الحاكم ويستدرك خلفه فمتى لم يعرض عن
ذكر حقه وجب اعتبار حق المدعي وصفة التعريض ان يقول المدعي
عليه ان عرض عليه القاضي اليمين بالله ما خلت ايها القاضي ان الانسان



عاد بين طلق كان كاذبا وقد قال السواك من ادعى عليه نفعا من جهته او ادعى عليه
حق في شيء استفاده بفعله فان اليمين اذا وجبت بذلك كانت على البتات وكل من
ادعى عليه نفعا غيره او شيء حق ملكه بغير فعله فاليمين بذلك على العلم وقد
فصل ذلك ان اليمين على العلم استحلف في القيامة بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا
ولا يستحلف من يدعي على البتات دعا فعل غيره على العلم وقد قال السواك اليمين
القاضي ان يستحلف الخصم حتى يسأل المدعي ذكر الا اربعة اشياء فان القاضي
يستحلف فيها وان لم يطلب المدعي اليمين اخذها الشفيع يحلفه بالله لقد
ما كلف الشفعة على علمت بالشراء والقاذف اذا بلغت يحلفها بالله
ما اخترت الفرقة حين بلغت والثالث في الرد بالعيب يحلفه بالله ما كان
بهذا العيب ولا عرضته على بيع منذ رابته والرابعة المرأة اذا سألت
ان يفرض لها النفقة في مال زوجها الغائب يحلفها بالله ما تعلم انفقة
حتى يفرض هذا قول ابي يوسف وهو احد قولي ابي حنيفة ومحمد لا يحلف حتى يطلب
الخصم اليمين لان اليمين حق لا يتم يملكه المطالبة به فلا يستوفي بغير مطالبة
كسائر الحقوق وجه قول ابي يوسف ان المستحق قد يجهل وجوب اليمين
في هذه المواضع فوجب ان يطالب بها القاضي حتى لا يقضي حكمه في غير موضعه
قال واذا كانت الدار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما جميعها والآخر
نصفها واقام البينة فلصاحب الجميع ثلثة ارباعها ولصاحب النصف
ربعها هذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد هي بينهما اثلاثا وهذه المسألة
مبنية على اصول احدها ان التساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في



المدة وبانت تخرج الزوج ان القاضي يستحلفه بالله ما هي بائن منك في الحال
فلا يستحلفه على الاصل لجواز ان يكون قد قذفها في العدة فيكون كاذبا وان لم
يحلفه ادعى الزوج ان لم يصدق فوجب ان يستحلف على اليمينونة في الحال فان
قالت المرأة القاضي ان هذا يريد ان الفرقة لا تقع بيني وبين العدة من غير
القاضي فان حلفته بذلك تاول فان القاضي يستحلف على الايمان البرية المدعية
حقها وجب على قول اسمعيل ان يقول له ان كانت صادقة فقد حكمت
عليك بالفرقة ثم يستحلفه بالله ما هي بائن منك في الحال وقد قال السواك
اذا ادعى رجل على رجل الف درهم فانكرها واراد ان يقتضيها استحلف
المدعي بالله ما قبضت من هذا المال الذي ادعيته عليه بهذا السبب
الذي ادعيته قليلا ولا كثيرا ولا وصل اليك من هذا المال شيء بوجه
وانما استحلف على القبض لانه لا يسقط حكمه بعد ثبوته وذكر وصول
الحق اليه لان الحق يتحول اليه بقبضه من غير قبض الحوالة او معارضة
بجنس الامرين وقد قال السواك الواحد في حق رجل الف درهم دينا وانه
رهنه بهذه الدار فان المدعي عليه بالمال فحد الرهن استحلف بالله تعالى
ما هذه الدار له رهنا بهذا المال الذي ادعاه انكر رهنيتها اياه به وقالوا
ان المدعي عليه اذا اقام البينة ان يقبض في المال فجحد المدعي الرهن انه يقبل
في جواب الدعوى للقاضي سئله هل هي في يديه رهن بهذا المال الذي
يدعيه فاذا انكر قال المدعي عليه ما رهن الا درهم لا رهن بها استحلف
على ذلك ان صادقا قال الرهن بجميع الدين موصوفا فاذا حلف على ذلك

قد بيع شيئا يقال انه غير ذي بال لم القاضي على الاستحلاف على احد الشيء الخلا
وصار العدول عن اليمين على مقتضى الدعوى حقا المدعى عليه حين طالب به ٭
قال ويستحلف بالله في الغصب بالله ما يستحق عليك كذا ولا يستحلف
بالله ما غصبك وهذا بدل على ما بينا ان الغصب يطرأ على ما يعين
عن ضمانه كان لا يستحلف على حكمه قال وفي النكاح بالله ما بينكما
نكاح قائم في الحال وذكر ان النكاح يرد عليه الطلاق كما يرد الاقالة على
البيع قال وان ادعى الطلاق بالله ما طلقها ثلاثا ولا يستحلف بالله ما طلقها
وذكر ان الطلاق يطرأ على النكاح ويرفعه
وهو الرجعة والسراح فصار كالاملاك وقد قالوا في الامة اذا
ادعت العتق على مولاها انه لا يستحلف بالله ما اعتقها لان عتق الامة
يطرأ على النسب
فصار كالاملاك
ما اعتقه

قال بالله ما قامت اليه ولا قال الخصاف انه يستحلف بالله في القتل ما له عليك دم
ولا قال ولا حق شبيه وهذا هو الذي على ما تقدم ولان القتل قد يطرأ عليه
العفو والصلح فيكون قائما حقا فلو استحلف على نفس القتل ربما كان فيه ضرر على
المدعى عليه ولو احلف على ما ذكرنا كان فيه ايفاء حقها وكذا ولي وقد قال
ابو يوسف في قتل الخطأ انه يستحلف على نفس القتل لان ولي استحلف على
الارش في الخلافيات ان يحلف وتناول الحق على العاقلة فلم يعتبر في ذلك حق
عليه وهو جواز ان يكون قد ابراه من الدم وذكر ان يحلف بالله ما قتله قتلا
يستوجب القصاص لانه سبب وقد روي ان اسد بن عمرو عن ابي حنيفة حضره رجل وادعى على رجل انه اشترى داره جواز وادعى
عليه بالشفعة فيها فانكر المدعى عليه الشراء فاراد اسد ان يحلفه
بالله ما اشتريت فقال المشتري ايها القاضي فدية يشتري الانسان ويسقط
الشفيع شفعته فاراد ان يستحلفه بالله ما عليك شفعة في هذه الدار فقال
الشفيع ايها القاضي ان هذا يعتقد ان شفعة الجار غير واجبة فان
استحلفه تاول ذلك فحلف فقال اسد للمدعي عليه ان كان الامر على ما
يدعي من الشراء فقد حكمت عليك بالشفعة ثم يستحلفه بالله ما لك
شفعة ثم استحلفه بالله ما يستحق عليك شفعة في هذه
الدار في الحال ما تنتهي من اليمين وهذا يحتمل ان يقطع بوضع
الخلاف فلم يكن الخصم ان تناول في اليمين ثم استحلفه فقام في كل واحد منهما
حقه فقد قالوا في المرأة اذا ادعت ان زوجها الا بنها ولم يفرض مهرها

رضا

الاستحقاق كالبينة للبيان واصل آخر وهو ان البينة حجة صاحب اليد الخارج اذا ادعا
ذا الملك المطلق كان الخارج اولى وقد صححت اصل آخر وهو ان عند ابي حنيفة ان
يد ثبت صحيح يضرب بجميع حقه كاصحاب الفروض والموصى له بالثلث فاذا ردت
وغرمات الميت اذا ضاقت عنه كذلك عنده بوجه ما فكل من لا يدعي سببا صحيحا مما يضر
بغرمائه يجيء حال المزاحمة وذكر مثل مسئلتنا ومثل المحرر يجيء من الظلت
وقال ابو يوسف ومحمد يضرب كل واحد بجميع ذكر عنه له الحجة والفرق بين السبب
الصحيح وبين غيره عاد الى ابي حنيفة ان كل سبب يتعلق به الاستحقاق من غير ان
معنى آخر اليه فهو سبب صحيح وما لا يتعلق به الاستحقاق الا بمعنى ينضم اليه فليس بسبب
صحيح وجه قول ابي حنيفة ان السبب الذي لا يتعلق به الاستحقاق في نفسه
بدليل ان الهبة والوصية الذي لا يتعلق الاستحقاق بعقودهما اضعف من البيع
الذي يتعلق به الاستحقاق بعقوده فلو سوينا بينهما في المزاحمة لسوينا
بين السبب الضعيف والقوي وهما لا يجيء وجه قولهما ان كل واحد منهما اقوى
استحق ما في يده فاذا تزاحما ضرب بما يدعيه كاصحاب الفروض واصل آخر وهو
ان المستحقين للعين في ايديهما يتصور كل واحد منهما الى ما في يده ويتصور الزيا
دة الى ما في يد الآخر وذلك لانه لو لم يكن كذلك صار متمسكا بما في يده من غير حق وهو
الواجب حمل امر المسلم على الصحة ما امكن فاذا ثبت هذه الاصول يجيء الجواب في
المسئلة فقلنا كل واحد من المتداعيين لا يدعي سببا صحيحا لان الدعوى لا
تتعلق بها الاستحقاق الا بانضمام معنى اليها اما اقرار او بينة او حكم
واذا كان كذلك تساقطت عند المنازعة على الدعاوي فيقرر مدعي النصف ادعى

لها النصف الآخر فانه يقضى له بالجميع والنصف الآخر لا يدعيه احد منهما بدعوى
اذا ما البينة والقضاء فسببه لا يستحق ذلك بوجه القضاء بل بالبينة وهي
بتكاذبهما تتساقط فيقضى للخارج بالنصف الذي يدعيه وهو ظاهر واما الدار التي في
الوجه فلكل واحد منهما نصفها بالبينة وبالقضاء لكل واحد منهما بالنصف الذي
في يده لان البينة حجة صاحب اليد لدفع الخارج عنه وقضاء القاضي بالبينة
كذلك ولهذا لو كان في يد احدهما نصفها وفي يد الآخر كلها كان للذي في يده الكل
نصفها بالبينة ونصفها بالقضاء وذكر ان الدار التي في يد رجل ادعى كل واحد منهما
جميعها فاقام احدهما البينة انها داره ولا يد لواحد منهما ولا بينة للآخر قضى
بها للذي اقام البينة من غير يمين لان اليد لا تعارض البينة فصارت البينة كالمعاينة
ولو كانت في يد احدهما قضى بها له لان اليد تعارض البينة فكان الظاهر شاهدا
له فترجحت بينته ولو اقام كل واحد منهما بينة قضى بها للخارج لان بينته
اثبتت ما لا يثبته بينة ذي اليد لان بينة ذي اليد تثبت الملك له بالسبب وبينة
الخارج تثبت الملك له بالارث والارث اقوى من السبب فكان اولى قال وان تنازعا
دابة احدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب اولى وكذلك اذا تنازعا بعيرا
وعليه حمل احدهما فصاحب الحمل اولى وذلك لان الراكب له تصرف ظاهر فكان
اولى كما لو تنازعا دارا احدهما ساكنها والآخر اخذ بقائمة الباب فان الساكن
اولى وكذلك صاحب الحمل له يد ظاهرة وتصرف فكان اولى قال وان تنازعا
ثيابا احدهما لابسة والآخر متعلق بكمه فالابس اولى لما ذكرنا قال

---

ثم ان ذا الحال ما دام حيا فهو على حاله قصرها وطولها وان مات فان كان
قد البدن كانت موتا لان الموت جهة النقل الملك وكل شيء في يده ينتقل الى ورثته
الا ان يشهد عليه ولان الاملاك لا تعرف الا بالتصرف والتصرف
واذا انتفى واليد باقية لانتفاء صار كما لو شهد والملك وهذا ايضا
اذا شهد ... الى هذا الشيء كان في يد فلان الى ان باعه وسلمه فانه شهادة بالملك
لما شهدوا باليد السابقة بجهة الانتقال وكذلك لو شهدوا ان فلانا مات وهو
راكب هذه الدابة او انه كان يتصرف فيه بدليل انه ركب دابة غيره وصار
غاصبا وليس كذلك اذا شهدوا انه مات فيها لان كون الانسان في داره ومنزله
فيها ليس بيد ولا تصرف بدليل انه متى دخل داره غيره بغير اذنه وجلس فيها
لم يكن غاصبا عند من يجوز الاقرار بيد الغير بالغصب ولم يشهدوا له بالملك
ولا بيد ولا تصرف فلا يستحق فيها الورثة خصام وقد قال اصحابنا
في حائط بين دارين ادعى كل واحد من صاحبي الدارين انه له وان كان احدهما
عاجزا وفي اصل الحائط جذوع والاخر ليس في ذلك احد منهما من صاحبي الدار
على الحائط بنافذة منظر لحكم بدليل او مستظل به وان كان كل واحد منهما يدرج
احدى الجذوع على الاخرى العلامة كما ذكرناه في صناع البيت وقد قال الشافعي هنا
سواء انما تنازعا في الحائط ولاحدهما عليه ساباته الحائط فوجب ان يكون
اولى بمعنى له يجره الاستظلال اصله اذا كان لاحدهما عليه اتاج ولا يلزم اذا كان
لاحدهما انصال التربيع لانه بمعنى زايد على استظلال ولا يلزم الصراف لان الحائط
لا يتبعه فان قيل بمعنى جائز في الحائط بعد بنائه نوجب ان تقول به دعوى احدنا

رجلا يده داره وهو في يد نتاج اخاله واقام بينة انها ملكه منذ سنين واقام صاحب اليد البينة
انها في يده منذ ثلث سنين روى ابو يوسف عن ابي حنيفة انها لصاحب اليد وذكر في الكتاب
انها للخارج وهو الصحيح وجه ان البينة على اليد لا بينة على الملك تبين ولكن
ان اليد تجوز ان يكون يد ملك وتجوز ان يكون غير ها ولهذا لو اقر انها كانت في يده امس
لم تلزمه هذه الاقرار ولا اتفاق وجه الرواية الاخرى ان صاحب اليد اثبت لنفسه بينة على ما
زعمه المدعي فاثبت لنفسه بذلك حقا والمدعي اقام بينة على حدوث ملكه بعد
لان حجة صاحب اليد لا حجة مستحق عليه فلا يقبل بينته **فصل**
دار في يد رجل ادعاها رجل وحد صاحب اليد ذلك واقام المدعي البينة انها كانت
في يده امس لم يقض بهذه البينة وحكى الشيخ ابو بكر الرازي عن ابي يوسف انه يقضي
بها ويدفع الدار الى المدعي وجه قوله ان المشهور ان يد المدعي زايلة الحال من علانية
المشاهدة ويد المدعى عليه مشاهدة فالحال قبل بينة المدعي لا استحقاق اليد
من طريق الاستدلال والظهور دفع مشاهدة بيد بطريق الاستدلال كما لو
قال الشهود كانت في يده امس وليست في يده الآن ولو قالوا ذلك لم تقبل
شهادتهم فعلمنا بذلك اولا وعلى هذا قال اصحابنا لو شهدوا انها كانت
لابيه لم يقبلوا لانهم شهدوا بملك كان قد علمنا زواله فلم يكن استصحابه مع
مع وجود ما ينافيه ولا يلزم اذا اقر صاحب اليد انها كانت في يد المدعي امس ان
قامت البينة على اقراره بذلك لان الاقرار يثبت حكمه بنفسه ويلزم المقر مع وجود
ما ينافيه في الحال الا ترى ان من اقر بحرية عبد ثم ادعى رقه وجحد
له تحبيبه فيكون له في مرتبة الاجنبي ثم اذا ثبت ان نتاج اليد يستحق به
الثابت بركت الجذوع وعلى حالها بينا ان الصاحب التزويج استحق الحايط
بالظاهر فلا يجوز ان يستحق بذلك بد صاحب الجذوع وليس يمتنع ان يكون الحايط
في الاصل لاحدهما والآخر عليه حق الوضع وعلى هذا قالوا في السفلي والعلو اذا
ادعى صاحب السفل العلو وصاحب العلو السفل ان السفل هو لمن في يده والصاحب العلو
حق الوضع على حاله لا يزول بده عنه بالظاهر ولا يشبه هذا حايط بين الدارين
احدهما عليه جذوع واقام الآخر البينة انه له فيقضي القاضي ببينة انه بامر
الآخر بدفع الجذوع ولان الملك استحق بالبينة لا بالظاهر والبينة تجوز ان يستحق
بها يد الغير ولو كان لاحدهما عليه سترة او بنا فهو لصاحب السترة والبنا لان
حمل مقصود فاشبه البعير اذا كان لاحدهما عليه حمل ولو كان لاحدهما عليه
توابل وحوائج لم يستحق بها شيء لانه ليس بحمل مقصود الا ترى ان الحايط بين الدارين
فهو بمنزلة لو تنازعا عمارة وادعاها احدهما عليها اداوة او نحوها لا يترجح بذلك بل يكون بينهما
كذلك هذا اذا كان الجذوع بين دارين فادعاه كل واحد منهما والفرع قصبة احدهما
فهو بينهما نصفين عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد هو لمن بنى اليه الفرع فما هو نقص



يوسف ان اليد حسية استحقاق فاذا ملكا فاذا جازت الشهادة بملك ذلك كان ذلك جوزا لليد
الذي ابتدأ الملك للمتقدم لجواز ان يكون استحقه والبد قد تحول ازواجا ثم
عاد استحقاقا عليه وجوده ما ينافيها صار نظير الشهادة بالبد الشهادة
بملك لان ثبوته وقد قالوا لو اقام الخارج البينة انها كانت في يده امس
منه هذا الصحيح ايا عاد اليه ووصلت اليه من يده حكم بها للخارج لانهم شهدوا
بد كانت مزيحة زالها فوجب الحكم باعادتها كما لو شهدوا على اليد بانها
حتى ترد ويظهر هذا اذا شهدوا ان هذه الدار كانت في يد فلان الى ان مات فانه يقضي
لها لو رثته لما شهدوا والملك يزيح جهة زوالها وانتقال الملك منها وقد ذكر محمد
في كتاب الدعوى في رجلين تداعيا دارا كل واحد منهما يدعي انها في يده تاثم على كل
واحد منهما البينة وعلى كل واحد منهما اليمين لان كل واحد منهما معترف بوجوب اليمين
عليه لما ادعاه من الدار في يده فان اقام احدهما بينة انها في يده يثبت له اليد وصار هو
المدعا عليه وان اقامت البينة كل واحد منهما بينة انها في يده جعل القاضي الدار
في يديهما لانهما تساويا في اثبات اليد وقد قال اصحابنا ان المدعي اذا
قال هذه الدار ملكي ولم يسمع دعواه لان اقراره لا حق له على الغير واذا كان ملكه في يده
بفعل هذا في مسئلة كتاب الدعوى للخصم قد اعترف انها في يده فجاز ان تسمع بينته
عليه ذكر تراقه بلزوم الخصومة له وقد حكى الخصاف عن ابي حنيفة ان رجلا
لو ادعى الدار التي هو في يد رجل انها ملكه واقام البينة انها لا تقبل حتى
يشهدوا ان الدار في يده ثم يقيم المدعي البينة انها له لانه لا بد من ان تتفقا على ان
في يد غيره فتسمع البينة من غير خصم فعلى هذا يجب ان لا تسمع البينة في مسئلة

التخصيص والترجيح فيما له هذا الايهام لان الترجيح انما يقع في الاملاك سوى
حادث الاتوي انا نرجح في دار السكنى في موضع الرابة المحمل وكذا هذه المعاني وباقي
والشافعي يرجح الاتوي وهو مثل الخشب لان الحايط لا يعلق الا على الاتوي من سمت
التقوير كما ان الحايط الذي لم يوضع عليه الخشب يجوز البناء بوضعه
واما التخصيص فهو معنى لا يبنى الحايط لاصله فلم يقع به الترجيح والمراد بقولنا
الحايط في الغالب الظاهر ان صاحبه هو الذي بناه فيترجح به فان كان لهما جميعا
جذوع فهو بينهما نصفان استوا اكثر الجذوع احدهما او تلك بعد ان كون لكل
واحد منهما جذوع فكذلك لا خلاف ساوياه او كون للحايط لهما او الحايط لا معين الربة
اذا كان لكل واحد منهما جذوع مقصود كما لو تنازعا في بيت واحد هما على ما بين الحايط
والآخر خمسون خمسون جذعا سواء وكذلك هذا ان كان لاحدهما جذوع واحد اثنا
عشر والآخر ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة ولصاحب عشرة من الخشبة موضع بجذعة والحايط
للآخر وهو رواية الصحاب لان الاصل عن ابي حنيفة وابي يوسف وذكر القدوري ان الحايط
كله لصاحب الخشب الكثير ولصاحب الخشبة الواحدة ساحة خشبته يعني حق
الموضع وفي رواية كتاب الدعوى لكل واحد منهما خشبته والباقي بينهما نصفين ووجهه ان وضع الخشبة تصرف فيوفر لكل واحد منهما
بعض المنفعة والكثرة كثرة بنائه فتسكن بطوله فكان
اكثر وانا تركنا القياس لان وضع الخشب اذا استحق بالحايط استحق
القليل بقدر خشبته وصاحب الكثير بقدر خشبته لثبوت يد لكل واحد منهما في
كل القدر الذي وضع عليه وجه رواية كتاب الاقرار ان الخشب الكثير محمول على المقصود ولان

الحايط بين له والخشب الواحد ليس بمقصود فصار كغير متاعه بيان
ذلك ان صاحب الخشب الكثير اذا سقط الآن هذه الرابة الاخرى يترك خشبة
الجيران لان صاحب الخشب الكثير استحق الحايط بالظاهر والظاهر لا يتحقق
به حق على الغير فلم يجز ان ينزل به ويضار فيه لكن الاداء لان وضع الاداء لا يجوز
انما يكون في ملك الغير وانما يستحق في جملة ماله كما استحق قائما وقاعدا فاذا لم
يملك الاستحقاق الا مرة الازالة والخشبة الواحدة يجوز ان يستحق وضعها
على التابيد فاصله ملك الحايط اذا اشترط ذلك في اصل القسمة فلم يؤمر بالازالة
وقد اختلف اصحابنا المتاخرون في حمل الرواية التي مقدورا فيها الكل لصاحب خشبة
صاحبا بين الخشب وقال بعضهم هو بينهما نصفان لا يد لاحد بها فيه فلم يكن
اولى من الآخر كما لو تنازعا ولا يد لاحدهما بيقين فيها وفي الآخرين والباقي
بينهما نصفان وذكر بعضهم ان الخشب الكثير مستحق بجميع الحايط وفي
كل واحد منهما لان صاحب الخشب الكثير مستحق الحايط اكثر من استحقاق الآخر
الا ترى ان الجذوع يستقوي بها ما تحتها الا ما يليها فصار مستحقا لما يلي الجذوع
كما هو مستحق لموضع الجذوع فلهذا كان يستحق بها قدر الجذوع من الحايط فلما
في الحايط واحد منهما انصاله من احد جانبيه والآخر عليه جذوع والاتصال يوجد
ذلك للبعض بعضه في بعض فذكر في كتاب الدعوى ان صاحب الجذوع اولى وذكر
الطحاوي ان صاحب الاتصال اولى ووجه رواية الاول ان الجذوع تقصد ظاهره والاتصال
من جانب يد وصاحب التصرف اولى من صاحب اليد كما لو تنازعا الدار وكان عليها او

لان صاحب العلو له حق قرار في مقدار ربع الحايط لان له الزيادة عليه اضعاف الحمل
او لم يذكر كون اساجيره على الحايط قدرا معلوما وكذلك لا يجوز لصاحب السفل
التصرف فيه كما لا يجوز للموجر ان يتصرف في الجميع ولان الخشب لهما وقال ابو
يوسف ومحمد كلاهما يضر بالسفل والعلو فهو جايز لان السفل ملك لصاحبه وانما
منع من التصرف ليلا يضر بحق غيره فما لا يضر به لا يمنع منه كالسكنى واذا
انهدم العلو والسفل لم يجبر صاحب السفل على البناء بل يجبر اصحاب العلو
العلو ابن السفلا ان شئت وابن عليه علوك فان امتنع ذكر له ان امتنع صاحب
السفل من بنائه حتى يودي اليه قيمة البناء بينهما وانما لم يجبر على البناء خلافا
لاحد قولي الشافعي لان السفل لم يكن لصاحبه منعه وانما قلنا منع صاحب
السفل من الانتفاع به لان العرصة والبناء ملكه فلصاحب العلو فيها الا يقيم
عمود ابناء هو بمنزلة لو دخل رجل وقع في صحن الدار لم يكن لصاحب الثوب ان يضع
به حتى يودي قيمة الصحن وقد قال الشافعي ان سكن وليس له ان يمنع بالبناء
واما ما يرجع به فان في كتاب الدعوى يرجع قيمة البناء قايما وقال في الخلاف
يرجع بالاقل من قيمة البناء قايما او قيمته للعرصة لصاحبها ولصاحب العلو فيها حق
قايم فلم يجز له الانتفاع به حتى يودي قيمته كالثوب الذي وقع في الصحن رجل

انه يلزمه ما زاد فيه من الصحن كذلك هذا وجه الرواية الاخرى ان صاحب العلو ما وضع
في الحقيقة من طريق الحكم فوجب ان يرجع بما انفق كالاجير والوصي اذا انفقا على
ملك الصغير وعلى هذا الحايط بين الدارين اذا سقط لم يجبر احد منهما على بنايه
لان التخلص من ضرر الشركة يمكن بالتراضي بالقسمة فان كان على احدهما جذوع
واراد الآخر قسمة عرضته لم يجبر على ذلك لان حق صاحب الجذوع قد تعلق
بخشبه العرصة فلو قسم ذلك السقط حقه عن بعضها فان طلب صاحب الجذوع
القسمة جاز لانا لم نقسم لحقه فاذا رضي باسقاط حقه جاز فان هدم الحايط
او هلك اعاده لانه تعدى في ذلك فان سقط بنفسه واحب عليه خشب
وله ان يبني ويمنعه الآخر من الانتفاع به حتى يسلم نصف قيمته كما ذكرنا في السفل
والعلو **فصل** اذا كان لرجل باب في داره في دار رجل فاراد ان يحوله
الى موضع آخر فليس لصاحب الدار منعه لان ابا شاهد بن اشهدا انه طريق لهذا البيت
منها وذلك لا يدعي حقا في ملك غيره فلا يقبل قوله الا ببينة فان قام البينة على ذلك
قضي له فان شهد الشهود انه كان لهم فيها من هذا الباب لم يستحق بهذه
الشهادة شيء لان هذه شهادة بيد كانت وذلك لا يتعلق به استحقاق واذا
شهدوا ان الطريق ثابت فالبد ان يبينوا موضع الطريق من الدار ومقداره
ومن اصحابنا من قال الشهادة مقبولة وان لم يبينوا ذلك لان الجهالة لا تمنع
في الشهادة لانه لا يمكن الحكم اذا لم يكن الحكم عالما بوقوع الطريق وموضعه
معلوما وهو بين الباب ومقداره عرض الباب فصار معلوما وان لم يبينوه
وعلى هذا اذا كان لرجل ميزاب في دار رجل فله منعه من تسييل الماء حتى يقيم

ازيله في هذه الدار مسيل ما حق لما بينا ان مدعي حقا في ملك غيره لا يثبت الا ببينة ولا يثبت بمجرد دعواه ولان الميزاب في ملك نفسه لا يستحق به حقا في غيره وقد ذكر ابو الليث عن بعض شيوخ المتاخرين من الخراسانيين انهم قالوا هذا يستحسن في هذه المسئلة اذا كانت الميزاب قديما فكان تقويت الصيف الى الدار وعلم الثبوت فندع ان يجعل له حق المسيل لان هذه علامة شاهدة لدعواه واقامة البينة على ذلك يتعذر في العادة وقد ذكر محمد في كتاب الشرب في نهر في ارض رجل وجر آخر مسيلا فيه الى ارضه فاختلفا في ذلك ان القول قول صاحب الماء لان الماء اذا كان جاريا فهو يدعي في الشرب والتصرف فالقول قول صاحب اليد وهذا في مسئلة الميزاب فلا خلاف فيه وليس في الميزاب ما فلا يدينه المدعي فلم يقبل قوله فان قام صاحب الميزاب ان له في الدار حق مسيل قيل لانه اثبت حق له في ملك غيره وهو يتعلق بالقعر على التابيد كملك البقعة فان شهدوا انه رآه يسيل فيه الماء فليس بشهادة بشيء لا يستحق بذلك شيء حتى يشهدوا ان له مسيلا فيها من هذا الميزاب وذلك لان الشهادة للمسيل كالشهادة لليد كانت فلا يقبل فان شهدوا انه الماء المطر فهو لما المطر خاصة فان شهدوا انه الماء المطر وغيره فهو كذلك وان لم ينسبوه الى شيء بل شهدوا ان له مسيلا فالقول قول ذي الدار مع يمينه كان حق المسيل مختلفا فيختص ببعض الاوقات تارة وبجميعها اخرى وقد شهدوا بحق معلوم في نفسه لكنه مجهول الصفة فصار كما لو شهدوا انه غصب ثوبا ولم يبينوا صفته كان القول قول الغاصب في صفته كذلك في حق وجه الدار وله كان له في دار رجل ميزاب فاراد ان يجعل مكانه ميزابا

له فليس له ذلك فاراد ان يجعل مكان الميزاب الذي له ذكرا لابر هذا صاحب الدار لانهما مختلفان في الضرر لان في القناة يطرح الماء صدر الحائط والميزاب يطرح وسط الدار وانه لا ينقص من القناة وينقص من الميزاب وان كان له ميزاب فاراد ان يجعل قناة احتاج الى حفر الحائط وهذا كله ضرر لم يكن له فعله وقد حكى عن الخضر ابو الحسن انه قال ان تشاوبا في الضرر لم يمنع منه وليس له ان يجعل ميزابا اطول مما كان ولا اعرض منه لان طوله يطرح الماء في غير البقعة التي كان له طرحه فيها والزيادة في العرض يزيد في حمله من الماء اكثر مما كان يستحقه وله ان اراد ايضا ان يسيل ما سبق اخرى ذلك الميزاب لم يكن له لان حقه ثبت في مقدار معلوم فليس له ان يغير له غيره وكذلك ليس لصاحب الدار ان يغير الميزاب عما هو عليه لان حقه ثبت بصفة فلم يكن له تغييره عن تلك الصفة وليس لصاحب الدار ان يبني في العرصة شيئا وليس لصاحب الميزاب ان يسيل ما الميزاب على سطح كان له ذلك لان له حق المسيل فلا فرق بين ان يجري في العرصة او على سطح وليس لصاحب الدار ان يبني في العرصة ما يمنع صاحب الطريق ان يترك من ساحة الدار مقدار عرض الباب ويبني في الباقي لان حق صاحب الطريق ثبت في مقدار عرض الباب وما سواه الحق له فلم يمنع من التصرف فيه قال واذا اختلف المتبايعان في المبيع فادعى احدهما شيئا وادعى البايع اكثر منه او اعترف البايع بقدر من المبيع واذعى المشتري اكثر منه واقام احدهما البينة قضي بما ذكر لانها بينة لا يقابلها الا دعوى فكانت اولى من الدعوى قال فان اقام كل واحد البينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان كل واحد

من الثمن وادعى المشتري اكثر مما يقر به البايع من المبيع في حالة واحدة فالبينة البايع في الثمن وبينة المشتري في قدر المبيع لان كل واحد من البينتين يثبت الزيادة والبينة المثبتة للزيادة اولى قال فان لم يكن لواحد منهما بينة قيل للمشتري اما ان تؤدي الثمن الذي ادعاه البايع والا فسخ البيع وقيل للبايع ان سلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخ البيع وذكر الاختلاف في رفع الثلاثة وقد بينا ذلك في الكتاب ويمكن ذكر بعضها هنا اذا دعى احد الرجلين والكل واحد منهما قد اختار في العقد رؤية ما ذكرنا من الخلاف في وجوب الرضا اذا علم ان العقد يفسخ فيجب ان يأتي القاضي بالفسخ حتى يسقط كل واحد منهما خياره فاذا وقع الرضا بالعقد من احدهما لم يفسخ قال فان لم يتراضيا حتى مات كل واحد منهما فادعى صاحبه احد الاقوال الذي ذكره استحسانا والقياس في الكل الفساد وجه القياس انهما اتفقا ان المبيع دخل في ملك المشتري وانما اختلفا في الثمن وهو دين في الذمة والاختلاف في الدين لا يوجب الفساد ولانهما اتفقا على انتقال الملك في المبيع واختلفا في قدر الثمن فلو قلنا بفسخ الملك في المبيع وذلك لا يجوز في القياس لم نجد بدا من ايجاب عقد آخر وجه الاستحسان ما روي ابن مسعود ان النبي عليه السلام قال اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا وقد ذكر محمد في كتاب الدعوى قياسا واخر اذا قال البايع بعت بالف وقال المشتري بالف في القياس ان يتحالفا ويكون بيعا بالف وجه ذكرناهما انتفى ما اختلفا فيه في الزيادة تسقط ما تحالفا على اختلاف فيه دون ما اتفقا عليه قال

ولا يبيع مثل ذلك لانه ترك البينات وصفت على الاثبات وجود ان تركا بالنفي
اذا شهدا ان ذا ثمانيات وهذا وارثه لا نعلمه وارث غيره كذا ذكره هذا قال
واذا اختلفا فيبيع القاضي بينهما وهذا الذي ذكره يدل على ان العقد لا ينفسخ
بالتحالف حتى يفسخه الحاكم وهو صحيح لان التحالف يسقط به ما يدعيه كل واحد منهما
من البدل واذا اسقط ذلك فسد العقد لعدم البدل فيه والبيع الفاسد لا بد
للقاضي من فسخه قال ﴿ وان نكل احدهما عن اليمين لزمه ما ادعى الآخر لما
بينا ان النكول عن البدل وبدل الاحوط يجعل من طريق الحكم جزاء للحاكم فيها
بالنكول قال ﴿ وان اختلفا في الاجل او في شرط الخيار او في استيفاء
بعض الثمن ولا بينة او القول قول من ينكر الخيار والاجل مع يمينه وقال ابو يوسف
اذا اختلفا في شرط الاجل او الخيار او في مدة مقداره تحالفا لما ان اختلافا في غير
المعقود عليه فصار كالاختلاف في الخط والبياض او لاحاجة الى التحالف اذ
خلاف فيما لا يوجب الفساد كما لو اختلفا في مضي الاجل فان قول المشتري فيه
المبتاع لان مستحق المبتاع قبله هذا الحال لانا بينا انهما لو اختلفا في دخول
زيد الدار يجب التحالف وانما المراد اختلافهما في معنى مخصوص فوق ذكر هنا
الدليل فان قيل الاجل صفة في الثمن وصفة العوض اذا اختلفا فيها جاز ان يتحالفا
كالصحاح والغلة قيل له الاجل ليس بصفة الثمن بدليل ان الاجل يقضى والثمن
موجود مستحق بذاته صفة واما الصحاح ففي صفة بدليل ان الثمن لا يوجد
مع انتفائها عنه بحال قال ﴿ فان هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند
ابي حنيفة وابي يوسف وجعل القول قول المشتري وقال محمد يتحالفان ويفسخ

البيع على قيمة الهالك وبه قال الشافعي وجه قولها ما روى القاسم بن عبد الرحمن عن ابيه
عبد الله بن مسعود ان النبي عليه السلام قال اذا اختلف البيعان فالقول ما قال البائع
او يترادان البيعة والمستهلك لا قول له اصلا وهذا نص لان نوع فسخ فلا يجوز بعد هلاك
ما يعين بالعقد في ضمان المشتري كالاتلاف ولانه لا يلزم اذا باع عبد الجارية فهلك
احد العبدين في اختلافا لانا تلنا بعد هلاك ما يعين وهاهنا الفسخ بعد هلاك
ما يتعين بالعقد فان قيل روى ابن مسعود ان النبي عليه السلام قال اذا اختلف البيعان
فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار ولم يفصل قيل له روي هذا الخبر هو اذا
جاءا وقد خبرنا زيادة وهو قوله وان كانت هالكة فالقول المشتري فالزايد
الذي فاز قد انتفى ان السلعة كانت للبائع وانما انتقلت منه الى المشتري وقد
اختلفا في صفة الانتقال فان القول قول الحالف في صفة الانتقال كما لو قال اشتريتك
وقال القابض وهبت لي فالقول قول الحالف فيه وسلمت اتفقا على العقد
انه عقد بيع وقع الاختلاف في البدل فاذا لم يظهر زيادة الثمن بالبينة بقي
البيع بما قال المشتري وان لم يرض به وجب رد ذلك لا يمكن في الهالك فاما البيع
القائمة فالاختلاف في جنس العقد لكل واحد منهما التحالف على عقد غير العقد
الذي حلف الآخر عليه فاذا حلف لم يظهر واحد من العقدين فيبقى العين
في يده بالغة من ملك غيره فيجب فسخها من غير فسخ وقد سلمت اتفاقا حتى
البيع فاذا لم يثبت الزيادة احتجنا الى فسخ عقد ثابت باتفاقهما والفسخ
بعد الهلاك لا يتحقق في هالك وجه قول محمد انه اختلاف في المعقود عليه فاشبه
حالة قيام السلعة قال ﴿ فان هلك احد العبدين ثم اختلفا في الثمن تحالفا

قد ذكرنا ان الاختلاف في الاجل ليس باختلاف في المعقود عليه فان ابا يوسف
البيع في الحي وقيمة الهالك وهو قول محمد وجه قول ابي حنيفة ان المضي الحاصل
التحالف اذا هلك جميع المبيع ان الفسخ يقع على القيمة التزم يقع عليها العقد وهو
موجود اذا هلك بعضه وليس كذلك اذا رضي البائع بترك حصة الهالك لانه يسقط
من العقد وصار كما لم يكن فكان العقد لم يقع الا على الباقي وجه قول ابي يوسف ان التحالف
لا سبب للفسخ كالاقالة ومعلوم ان الاقالة جايز فضح الهالك المبيع وكذلك
التحالف واصله ان اصله جواز التحالف مع هلاك جميع المبيع مع هلاك بعضه
اولى قال ﴿ واذا اختلف الزوجان في المهر تحالفا وفي الزوج ان تزوجها بالف
وقالت تزوجني بالفين فايهما اقام البينة قبلت بينته لانها بينة ثابتة الزيادة
فكانت اولى منها قال ﴿ وان اقاما البينة فالبينة بينة المرأة وذلك لان
بينتها اثبتت الزيادة فكانت اولى قال ﴿ وان لم يكن لهما بينة تحالفا عند ابي
حنيفة ولم يفسخ النكاح وهذا ايضا قول محمد وقال ابو يوسف القول قول الزوج مالم
يأت بشيء مستنكر وجه قول ابي حنيفة ومحمد انه عقد يتناول المنافع فاذا تحالفا
في بدله مع بقاء العقد لم يجعل القول قول المستحق عليه بالاجارة ولان الاختلاف
في التسمية يسقط حكمها اذا تحالفا ومتى كان في التحالف فائدة صح بقاء العقد
تحالفا كالبيع ولا يلزم الطلق على مال ولا الصلح من دم العمد على مال لان لا فائدة في التحالف
لهذا لان التحالف يسقط التسميتين فيبقى المعقود عليه لا قيمة له
فيسقط البدل اصلا وليس كذلك النكاح لان يسقط فيه التسميتين فيه لا يؤدي
الى سقوط البدل اصلا لان مهر المثل يجب بالعقد وان لم يسم ولا يلزم الكفاية

الكفاية لما اسقط التسمية لم يكن الرجوع الى بدل لان القيمة لا تجب بالعقد وجه
قول ابي يوسف ان النكاح بمنزلة السلعة المستهلكة بدليل انه لا يفسخ العقد
فيه بالتحالف واذا كان كذلك وجب ان يجعل القول قول المستحق عليه وهذا لا
يصح لان البضع بمنزلة السلعة القائمة بدليل جواز الخلع عليه وبمنزلة طلاق
التي مستكبر قبل تفسير هو ان يذكر الا يتزوج مثل ذلك المهر وقيل ان يذكر
اقل من عشرة دراهم واذا ثبت عند ابي حنيفة انه يستحق ولا يفسخ العقد قال
ونحكم بمهر المثل فان كان مثل ما اعترفت به الزوج او اقل قضى بما قال الزوج وان
كان مثل ما ادعته المرأة او اكثر قضى بما ادعته المرأة وان كان مهر المثل وانما كان
كذلك لان كل واحد من البدلين يسقط يمين الآخر عليه فيبقى بوجب العقد وهو مهر المثل
فكل من يشهد له الظاهر قبل قوله فان كان مهر المثل مثل ما يدعيه المرأة او اكثر
فالقول قولها لانها رضيت باسقاط الزيادة وان كان مثل ما قال الزوج او اقل فقد
رضي ببدل الزيادة فكان الظاهر يشهد له وان كان مهر المثل بين ذلك فالظاهر لا يشهد
لواحد منهما يسقط قول احد وجب القضاء بالظاهر فان قال الزوج تزوجتها على هذا
العبد وقالت بل على عبد طارية فهو كالمسألة المتقدمة الا في فصل واحد وهذا اذا كان
قيمة الجارية مثل مهر المثل فيكون لها قيمة الجارية لان ذلك الجارية لا يمكن الا تقرير
حكم لم يتفقا عليه ذكر قوله القضاء بالقيمة قال ﴿ واذا اختلفا في الاجارة قبل
استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا وذلك لانه عقد معاوضة فلحقه الفسخ
ليس فيه معنى التبرع فجاز ان يثبت التحالف فيه كالبيع فان قيل التحالف يثبت
على وجه الاستحسان فكيف يقاس عليه قيل له اجرى التحالف اقتضاء وعلى

من الاجارة وهو مبيع عينا ومنفعة فاذا ثبت الخيار اذ بذكر المبيع ترجع بحصة كل نوع لان احد الاصلين يسمى قال ﷺ واذا اختلفا بعد الاستيفاء الخ الخياط وكان القول قول المستأجر وذكر ان الخياط الذي يثبت لاجل الصنع والصانع اذا استوفاها لا يمكن فيه العقد فيها فلم يثبت الخيار الخ وهذا ظاهر قول ابي حنيفة وابي يوسف لان الخيار لا يثبت في المبيع الهالك فاما محمد فاثبت الخيار هناك ولم يثبته هاهنا لان المبيع اذا تعيب بالخيار بقيت العين مضمونة بقسطها في يد المشتري فيقضي عليه بقيمتها واذا فسخ الاجارة بالخيار ثبت للصانع حق الحبس فلا يتقوم فكان في اثبات الخيار اسقاط عوضها فكان الرجوع الى قول المستأجر اولى وانما رجعنا الى قول المستأجر لانه هو المستحق عليه ومن وقت الاختلاف في الاستيفاء وكان القول قول المستحق عليه قال ﷺ وان اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه خالفا فسخ العقد فيما بقي وكان القول في الباقي قول المستأجر وذكر ان كل جزء من المنفعة كالمعقود عليه عقد استأنف فصار ما بقي من المدة كالمستأنف بالعقد فيخالف الفائت فيه ولا يشبه هذا هلاك بعض المبيع لان عند ابي حنيفة كل جزء منه ليس بمعقود عليه عقد امتد اذ انما المعاقدة بعقد واحد فاذا انفسخ الفسخ في بعضه سقط فيما بقي وانما جعلنا القول قول المستأجر فيما مضى لان المستحق عليه قال ﷺ واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يتحالفان ويفسخ الكتابة وهو قول الشافعي وجه قول ابي حنيفة انه فسخ في الحقيقة يعود من قبله الى ثبت فيه الخيار كالفسخ بعيب وجه قولهما انه عقد يعود بفسخه الفسخ فصار كالبيع

قال ﷺ واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمرأة وما يصلح لهما للرجل فان مات احدهما واختلف ورثته مع الحي فما يصلح للرجال والنساء لهما وقال ابو يوسف يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج وقال محمد ما يصلح لهما فهو للزوج حال حيوته وورثته من بعده وروي محمد عن ذلك ما يصلح لهما بينهما نصفان وروي الحسن عن ابي حنيفة ما في البيت بينهما الا ما كان في ايديهما مشاهدة وبه قال الشافعي وجه قول ابي حنيفة ان كان احدهما في يد الدار من طريق الحكم بدليل ان لو نازع احدهما اجنبي في متاع البيت كان هو اولى به من الاجنبي واليد ان من طريق الحكم تجوز ان يترجح بالظهور والقوة كاليدين من طريق المشاهدة مثل الساكن والمتعلق بالحلقة والراكب والمتعلق بالجام واذا ثبت هذا قال ابو حنيفة ان الرجل هو الذي يتخذ السيف والرمح والعمامة وكانت بزته في ذكر الظهر وكان لابد له وكذلك ما يتخذ للمرأة فاما ما يصلح لهما فيد الرجل فيه للجهر ان المرأة تخرج بزوجها ولهذا يعتبر نفقة الخروج والاثاث له عليه وكانت بزته اقوى وجه ما روي عن محمد انه ذو فراشها نساء وباع اليد وكان لهما كما لو كان في يد هما مشاهدة قال لان اسم الخانات وباع اليد هو موضع الحاجات والمعنى في الاصل ان يد احدهما ليس بأظهر من يد الاخرى فسلمنا يد احدهما فظهر عليها بما ذكرناه بخلاف ما اذا ترجح على الاخرى فان قيل اليد لا يرجح احدهما على الاخرى بالعلامة اصله العطار والاسكاف واثاث المنزل قلنا الخف قيل له الخف اما ان يكون في يد هما من طريق المشاهدة مثل ان يكون في يد هما جميعا او في يد احدهما لا يرجح بالعلامة لان اليد من طريق المشاهدة امر مقطوع به والعلامة معنى

المظنون فلا يرجح المقطوع به بالمظنون كالنص لا يرجح بالقياس فان كان في ايديهما من طريق الحكم مثل ان يكونا ساكنين في دار او بيت فتنازعا ذكر ان يرجح بذكر احدهما بالعلامة ويكون العطار للعطار والقلانسي للقلانسي والموسى للحجام وجه قول ابي يوسف ان ما يجهز به المرأة الظاهر انه لها ولا ظاهر فيما سواه فلم يستحق وهذا لان عند التنازع مجهول فلا يمكن الرجوع اليه واما الكلام على محمد فان يد الحي اظهر من يد الميت واليدان من طريق الحكم اذا اجتمعا فالاظهر اولى ولان يد الميت قد زالت ولم تجدد يد الوارث بدليل انه لو هلك شيء من التركة واستحقه مستحق لم يضمن الورثة فدل ذلك على عدم ثبوت اليد وكان من له يد اولى وجه قول محمد ان كل ما يستحقه الانسان حال حيوته كان لورثته بعده كسائر الاملاك قال ﷺ واذا باع الرجل جارية فجاء مولاها فادعاها والبائع فان جاء به لاقل من ستة اشهر من يوم باع فهو ابن البائع وامه ام ولده ويفسخ البيع فيه ويرد الثمن وجملة ما يقال في هذا ان الدعوة اما ضرب منها دعوة الاستيلاد وهو هذه وصفتها ان يكون ابتداء العلوق في ملك المدعي والدليل على جواز هذا ان ابتداء العلوق اذا كان عند البائع استندت دعوته الى العلوق فصار ذكره شاهدا على دعواه فكأنه ادعى في باع والحكم الذي يتعلق بدعوة الاستيلاد انما يثبت له الحق فيما يوثر ابطال حق الغير والدليل عليه على ما ذكرنا قالوا في الجارية المشتركة اذا علقت من احد الشريكين بادعاء احدهما ثبت نصف قيمتها للشريك ولم يضمن من قيمة الولد شيئا ولو كان ابتداء العلوق قبل ملكه ضمن نصف قيمتها ونصف قيمة الولد فدل على ان دعوة الاستيلاد توثر في اسقاط حق الشريك من نصف

ويرد ذكره وجه ما ذكرنا في اسقاط حق المشتري في استرداد ملكه واذا ثبت النسب الاستيلاد وصار كأن باع ام ولده فيفسخ البيع فيها ويرد الثمن لان سلامة الثمن يقف على سلامة المبيع قال ﷺ وان ادعاه المشتري مع دعوة البائع او بعده فدعوة البائع اولى لان دعوة البائع يستند الى امر سابق وهو العلوق ودعوة المشتري لا يستند فاذا تساويا في الدعوة كانت دعوة البائع اولى لما في العين حق سبق الدعوة واما اذا ادعاه المشتري ولم يدعه البائع فانه يثبت منه الملك لان دعوة المشتري دعوة ملك وصفتها ان يكون العلوق في ملكه وهذا اضرب اخر من الدعوة وحكمها ان يكون بمنزلة العتق المعلق وكما يوضح نفذ العتق نفذت الدعوة اذا لم يوضح منها مانع واذا اعتبرنا دعوة الملك بالعتق لا يقتضي الجرية فلا نستند الى امر سابق فصار كما يقع الحرية فان ادعاه البائع الولد بعد دعوة المشتري لم يقبل دعوته وكان ابن المشتري وهو معنى لا يلحقه النسب ودعوة الاستيلاد لا يقبل اذا حوث في الولد ما لا يلحقه النسب الا بينه وما هو معناها قال ﷺ فان جاء به لاكثر من ستة اشهر لم يقبل دعوة البائع فيه لان يصدقه المشتري وذلك ان دعوة البائع عاضدها دعوة ملك العين لا يعلم انه كان في ملكه وقد بينا ان دعوة الملك بمنزلة ايقاع العتق فاذا لم ينفذ العتق لم يتفذ دعوته فان صدقه المشتري ثبت دعوة لان النسب يجوز ان يكون كما قال واما بعد صدقه لحق المشتري فاذا صدقه فقد رضي باسقاط حقه فاذا ادعاه المشتري بعد التصديق لم يقبل دعوته لان النسب قد ثبت من البائع وزال ملك المشتري فيه فلا يقبل قوله في ابطال النسب ثابت قال ﷺ فان جاء الولد فادعاه

# كتاب الشهادات

قال الشهادة فرض يلزم الشهود ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعي وذلك لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقال تعالى لا تكتموا الشهادة الآية ولانها تعتبر لمطالبة المدعي لا ترجع له فوقف على طلبه كسائر الحقوق قال ويجوز الشهادة بالحدود ويخير فيها الشاهد بين الستر والاشهار والستر اولى وذكرنا في الحدود ان النبي عليه السلام كان لقن المقر بالسرقة الرجوع فيقول ما اخاله سرق ولقن ماعزا الرجوع وقال لعلك قبلت لعلك لمست وطرده مرة بعد مرة ورد شهادة الواحد عن عمر رضي الله عنه قال الطرد والتعزير في يعني بالزنا فدل ان الامام مندوب اليه ولان الحد اذا وجب بالبينة ثبت للامام ولاية الاستيفاء فكان اعتباره في حق الشاهد اولى وهذا يقتضي ان يكون الاولى للشاهد الستر على المسلم فان اختار اداءه الشهادة جاز وقد ترك الاولى وعن النبي عليه السلام انه قال للرجل الذي شهد عنده ولو سترته بثوبك لكان خيرا لك قال ويجوز شهادة السرقة بالمال فيقول اخذ او يقول سرق وهذا الذي ذكره صحيح لان الواجب في السرقة ضمان المال والقطع والامر اذا كان مرددا فاذا سقط القطع بشبهة وجب المال واذا قطع السارق سقط عنه الضمان فاذا اختار الشاهد الستر دري وجب ان يشهد بالمال الوجوب به عند سقوط الحد

وفي قولها الوجهان قبضها المشتري فتلف في يده وجب عليه ضمانها بالوجوه جميعا ويرجع بنقصان الولادة من الثمن قال ومن ادعى احد التوءمين ثبت نسبهما منه وذكرا كانا او انثيين او احدهما ذكرا والآخر انثى لان الولادة الواحدة يجوز ان يكون بعضها من رجل وبعضها من رجل آخر ويجوز ثبوت النسب في الولد الواحد شاهدا واحدا نسب الآخر منه للحديث

# كتاب الشهادات

قال الشهادة فرض يلزم الشهود ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعي وذلك لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقال تعالى لا تكتموا الشهادة الآية ولانها تعتبر لمطالبة المدعي لا ترجع له فوقف على طلبه كسائر الحقوق قال ويجوز الشهادة بالحدود ويخير فيها الشاهد بين الستر والاشهار والستر اولى وذكرنا في الحدود ان النبي عليه السلام كان لقن المقر بالسرقة الرجوع فيقول ما اخاله سرق ولقن ماعزا الرجوع وقال لعلك قبلت لعلك لمست وطرده مرة بعد مرة ورد شهادة الواحد عن عمر رضي الله عنه قال الطرد والتعزير في يعني بالزنا فدل ان الامام مندوب اليه ولان الحد اذا وجب بالبينة ثبت للامام ولاية الاستيفاء فكان اعتباره في حق الشاهد اولى وهذا يقتضي ان يكون الاولى للشاهد الستر على المسلم فان اختار اداءه الشهادة جاز وقد ترك الاولى وعن النبي عليه السلام انه قال للرجل الذي شهد عنده ولو سترته بثوبك لكان خيرا لك قال ويجوز شهادة السرقة بالمال فيقول اخذ او يقول سرق وهذا الذي ذكره صحيح لان الواجب في السرقة ضمان المال والقطع والامر اذا كان مرددا فاذا سقط القطع بشبهة وجب المال واذا قطع السارق سقط عنه الضمان فاذا اختار الشاهد الستر دري وجب ان يشهد بالمال الوجوب به عند سقوط الحد

ولو لم يشهد باخذ المال يسقط مع سقوط الحد وهذا لانه وان لم يشهد باخذ المال فقد اشهد بما يثبت المال وهو السرقة لان السرقة اخذ المال على وجه يثبت المال دون الحد وهو قوله اخذ فكان في ذكره اخذ قال والشهادة في جميع ما يثبت منها الزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم الآية ولقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة الآية قال ولا تقبل شهادة النساء وذلك لما روي الزهري قال مضت السنة من رسول الله والخليفتين من بعده ان لا يقبل شهادة النساء في الحدود والقصاص ولان شهادة النساء قائمة مقام شهادة الرجال وما سقط بالشبهة لا يثبت بما قام مقام الغير ومنها الشهادة بقية الحدود والقصاص يقبل فيها شهادة رجلين ولا يقبل فيها شهادة النساء وذلك لقوله تعالى فاستشهدوا شهيدين من رجالكم وقال تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم وهذا عام وانما لم يقبل فيها شهادة النساء لانه مما يسقط بالشبهة كحد الزنا وحديث الزهري ايضا قال وما سوى ذلك مما لم يقبل فيها شهادة رجلين او رجل وامرأتين سوى الحقوق المالية او غير مثل النكاح والطلاق والوكالة والوصية وقال الشافعي لا يقبل شهادة النساء في النكاح والخلع والطلاق والرجعة والتوكيل والوصية اليه والوديعة والعتق والنسب والكتابة والتدبير ويقبل في القرض والعقود وعقود المعاوضة والقراض والرهن والجناية التي توجب المال لنا قوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم وهو عام ثم قال فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان وروى عطاء عن عمر بن الخطاب قال اجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة رجل وامرأتين في النكاح وهذا نص واما الرجعة فلانها في معنى ابتداء النكاح والولاية لان الملك قصار كاسقاط الخيار في البيع واما الطلاق فلان سبب

وفي قولها الوجهان قبضها المشتري فتلف في يده وجب عليه ضمانها بالوجوه جميعا ويرجع بنقصان الولادة من الثمن قال ومن ادعى احد التوءمين ثبت نسبهما منه وذكرا كانا او انثيين او احدهما ذكرا والآخر انثى لان الولادة الواحدة يجوز ان يكون بعضها من رجل وبعضها من رجل آخر ويجوز ثبوت النسب في الولد الواحد شاهدا واحدا نسب الآخر منه للحديث

اثنين وأربعة يشهدون والحد يظهر كما تعتبر لفظ الشهادة قال ش وقال أبو حنيفة يقضي بظاهر العدالة للمسلمين إلا في الحدود والقصاص لا يسأل عن الشهود فإن طعن الخصم فيهم سأل عنهم وقال أبو يوسف وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله يسأل في السر والعلانية وبه قال الشافعي وجه قول أبي حنيفة أن النبي عليه السلام قبل شهادة الأعرابي بمجرد الإسلام ولم يسأل عن عدالته الباطنة والظاهر في المسلم الإسلام لأن أفعال المسلمين في الأغلب على وجه غير مركب المعصية فيحصل له عدالة الإسلام فوجب الحكم بقبول شهادته ولم يوجد ما يزيل ذلك إذ من ثبت عدالته عند الحاكم بالسؤال عنه لم يحكم ببقائها ولا يسأل عنه في الثاني لما ذكرناه كذلك ولأن السلف الصالح لم يسألوا عن الشهود وأول من سأل عنهم شريح بن سيرين بذلك بقايا على اعتبار عدالة الإسلام وجه قولهم أن الشاهد يجوز أن يكون عدلا في الباطن ويجوز أن يكون فاسقا فوجب اعتبار حاله إذ الباطن لما لم يجز الحكم بقوله لأن العدالة معتبرة فوجب الحكم الخبر عنه أيضا ويجوز هذه هي الصفة الأولى في ذكر الشهادة بالحدود فكان أبو بكر الرازي يقول هذا خلاف في هذه المسألة بين أصحابنا لأن أبا حنيفة أجاز شهادة زاد وكان الحال عنده شاهد منهم العدالة وقد ذكر هذا رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله خير القرون قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشو الكذب وأجاز أبو يوسف وهو رواية زفر قبول شهادة الأعراب وقد تغيروا مع كثرة الفساد فلو شاهد وذكر أبو حنيفة أقال يقولها وإما أن يأذن للمخبر بالشهادة فلا بد من السؤال عنه لأن الأداء في معنى حادث فصارت المسألة حادثة فوجب دعواه ولم يكن له مقابل قول العوام بحضور مجلس الحكم والأصل أن من زعم أن فيما إذا وقعت عدالة الإسلام يجب أن لا يسأل عنهم كما لا يسأل الحاكم بعد علمه ولي القاضي



أن يشهد بذلك وذكر لا غير ثابت بنفسه الا تراه لو اختار أجر الحاكم ولو شهد عند حاكم فلم يحكم بشهادته حتى عزل لم يجز للقاضي الآخر أن يحكم بتلك الشهادة ثم يعود فصارت من هذا الوجه بمنزلة ما لم يكن ولما كان الإقرار حكمه ثابت بنفسه كان للقاضي الثاني أن يقضي له فكان الفرق بينهما وقد قرر جواز الشهادة بما لا يثبت بنفسه على وجه



الاستشهاد قال ش ولا يحل للشاهد إذا رأى خطه أن يشهد إلا أن يذكر الشهادة وذكر الطحاوي أن له أن يشهد بالخط وهو قول بعض أصحابنا وقال النخعي وابن جابر إذا رأيت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع ولأن الخط يشبه الخط فلا يؤمن أن يكون قد تشابه عليه فلا يجوز له الشهادة بالشك قال ش ولا يقبل شهادة الأب والمذكور في الأصل أن شهادة الأب يقبل لابنه الصغير وقال الشافعي لا تقبل شهادة الأب لابنه الصغير كما لا تقبل شهادة الابن لأبيه وجه قوله أن الأب يجر بشهادته لنفسه نفعا فإن الحكم يجب بشهادته نفقة ابنه الصغير وكسوته وهو ما يجب بالقرابة فلا تقبل شهادته كما لا تقبل شهادة الابن لأبيه ولنا أن الأب لا يجر بشهادته لنفسه نفعا لأن النفقة لا تجب له على ابنه الصغير بل تجب على الابن لأبيه لأن الأب لا يستحق على ابنه الصغير شيئا وإنما يستحق على الابن لأبيه لأن الأب لا يستحق على ابنه الصغير شيئا وإنما يستحق على الابن لأبيه لأن الأب لا يستحق على ابنه الصغير شيئا وإنما يستحق على الابن لأبيه



فلا يجوز أن يشهد بالإشارة إلى المدعي عليه أو الأم فلا يجوز أن يشهد بالإشارة لا يجوز أن يشهد على الاستدلال بالشيء كالبصير إذا شهد من وراء حائط لا يجوز أن يشهد على الأعمى لأنه يجوز أن يكون المدعي عليه أعمى وجه قول أبي يوسف أنه يحل الشهادة على حضور المدعي عليه وهو يجوز أن يكون بالإشارة كما يجوز أن يشهد البصير على الميت بالجواب إذا شاهد ذلك لا يجوز للأعمى أن يشهد لأنه إذا شهد لميت أو غائب لا بد أن يقول هذا وصية فلان أو هبته فلان وذلك يكون من البصير ولا يمكن من الأعمى فافترقا فأما المملوك فلا يقبل شهادته لقوله تعالى عبدا مملوكا لا يقدر على شيء ترضون من الشهداء أو العبد ليس بمرضي في الشهادة ولأن الشهادة فيها نوع من الولاية والرق يزيل الولاية فلم يكن من أهل الشهادة قال ش ولا المحدود في قذف وإن تاب وقد بينا ذلك قال ش ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده وإن سفل لأن مال الوالد بمنزلة مشهوده فكأنه شهد لنفسه وذكر الخصاف في أدب القاضي عن النبي عليه السلام أنه لا يقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج للمرأة ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الأجير لمن استأجره وإذا ثبت هذا في الولد والوالد ثبت في ولد الولد وإن سفل والأب والأم والآباء والأجداد وقد قال داود يقبل الشهادة في جميع ذلك قال ش ولا يقبل شهادة أحد الزوجين لصاحبه وقال الشافعي أما ذكره الخصاف عن النبي عليه السلام أنه قال لا يقبل شهادة الوالد لولده ولا الشريك لشريكه ولا شهادة الزوجة لزوجها ولا شهادة الزوج لزوجته ولأن بينهما سببا يوجب التوارث في جميع الأحكام الأصل فلا يجوز شهادة أحدهما لصاحبه كالولد والوالد فإن قيل بينهما سبب لا يوجب العتق إذا ملكه فلا يمنع قبول الشهادة كابن العم





قوله وإن لم يكن الخ هذا ظاهر إن كان الشاهد لا يعلم أن الحدود والقصاص لا تثبت بشهادة الواحد وإن كان يعلم ذلك فلا يظهر فتأمل

قوله أن الشرط الخ هذا ظاهر إن كان الشاهد لا يعلم أن الحدود والقصاص لا تثبت بشهادة الواحد وإن كان يعلم ذلك فلا يظهر فتأمل

قوله وإن لم يكن الخ هذا ظاهر إن كان الشاهد لا يعلم أن الحدود والقصاص لا تثبت بشهادة الواحد وإن كان يعلم ذلك فلا يظهر فتأمل

قوله أن الشرط الخ هذا ظاهر إن كان الشاهد لا يعلم أن الحدود والقصاص لا تثبت بشهادة الواحد وإن كان يعلم ذلك فلا يظهر فتأمل

قوله هذا الاعتبار يبطل البيوع نسيده ولا يكاد البيع يكاد ان يخلو عن الغرر فالصواب ان ذلك القدر لما لم يعتبر بمنزلة قرية كاملة بدليل انه لا ترجح الشواهد بكثرة الاموال وعدد من يخلو عنه قال ش ولا شهادة للمولى لعبده ولا كتابة ذكره ابن المنذر بالاجماع قال ش ولا لعبده ولا لاحد ممن لا تقبل شهادته له لانه انما ترد شهادته لكونه يجر الى نفسه نفعا او يدفع عنها ضررا وهذا موجود في العبد لسيده ولمن لا تقبل شهادته له قال ش ولا شهادة لاحد الشريكين لشريكه فيما هو من شركتهما لما روى في الخبر الذي ذكره الخصمان انه قال ولا شهادة لشريك لشريكه فاما الحاصل لاحدهما دون الآخر فتقبل شهادته فيه لانه لا تهمة فيه قال ش وتقبل شهادة الرجل لاخيه وعمه لقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم وهو عام الا ما خصه الدليل واجماع المسلمين على ذلك قال ولا تقبل شهادة عدو على عدوه للعداوة والبغضة وذلك لما روي عن النبي عليه السلام انه قال عن الصوص الاحقين الناعم والعدو ولان من لا يضع حجرا من الناس لا يؤمن ان يرتكب الشهادة بالاصالة فصار تهمة فيه واما الجرح فانما يريد به من يصلح ويتشبه بالنساك فربما يمنع الناس الشهادة بالزور فاما ذا ارتكب ذلك مع وجود الستر لم يؤمن ان يرتكب الشهادة بالزور فلم يقبل شهادته قال ولا شهادة من الشرب على الصوت وذلك لان هذا النوع محرم على الكل فاذا فعله فسق فلم يقبل شهادته فاما من ادمن الشرب على ما اختير من الشرب على ما اختير لصوت ولم

يسكر وهو معتقد تحليله شهادته مقبولة لانه لم يوجد منه ما يوجب الفسق ولا المروءة قال ش ولا من يلعب بالطير ولا من فعل مستخف يوجب اسقاط المروءة فاذا حسن بعذر او ارتكابه لم يؤمن ان يرتكب الشهادة بما لا اصل له قال ش ولا من يغني بالاجرة لان ذلك يسقط المروءة قال ش ولا من يأبى ما سن الاكابر الذي يعلم الجد لان من فعل ذلك فسق وبسقوط عدالته والفاسق لا يقبل قوله قال ش ومن دخل الحمام بغير ازار او اكل الربوا لان كشف العورة محرم وكذلك اكل الربوا فاذا ارتكب فسق فلم تقبل شهادته قال ش والمقامر بالبندق والسطرنج لان اذا قامر بها فسق لان القمار محرم وكذلك ان لم يقامر بها ولكن اداوم عليها حتى تركت الصلوة فاما اذا لم يتأثر بها ولا يترك الصلوة لاجلها فشهادته جايزة لان اللعب بها في نفسها ليس بفسق وهو مما يتوسع فيه الاجتهاد واما الفسق بمعنى الخبر وهو القمار او ترك الصلوة فاذا لم يوجد لم يمنع الشهادة قال ش ولا من يفعل الافعال المستخفة كالبول على الطريق والاكل على الطريق لان ذلك يسقط المروءة فاذا استخف ارتكابه لم يؤمن عليه الشهادة بالزور وان كان معتوها فشهادته مقبولة قال ش ولا يقبل شهادة من يسب السلف لان ذلك فسق وهو من فعل الجهال قال ش ولا تقبل شهادة من يعتقد ما يكفر به من اهل الاهواء الا الخطابية وذلك لان اصحابه والتابعين قبل بعضهم شهادة بعض مع اختلافهم وقد قال عليه السلام الخوارج سالم الخروج الى قتال اهل العدل فشهادته تم جايزة لانه لم يظهر منهم الفسق وانما يعتقدونه فاذا فعلوه فسقوا فلم يقبل شهادتهم فاما من ادمن الشرب على ما اختير من الشرب على ما اختير لصوت ولم



شهادتهم وقول صاحب الكتاب اهل الاهواء انما اراد به الخوارج وغيرهم لان من اعتقد وجوب الخروج على الائمة الجور وجوب الدين وذلك لا يمنع قبول الشهادة دليل من هذا صفته لا يقدم على الكذب لاسيما اذا اعتقد ان الكذب شرك ويكون بعد من التهمة قال ش واما قول الخطابية فهو نوع من الغلو لان الخطاب رجل كان مالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكناسة لانه كان يزعم ان عليا الاله الاكبر وجعفر الصادق الاله الاصغر فكانوا يعتقدون ان من ادعى منهم شيئا على غيره وجب ان يشهد له بذلك قال ش ويقبل شهادة اهل الذمة بعضهم لبعض وان اختلفت ملتهم وهو قول شريح والشعبي وعمر بن عبد العزيز وابن شهاب ويحيى بن يعمر قال الزهري عن ابن عمر انه قال سمعت نبيكم يقول ما وجدت من احد من المتقدمين ان شهادة النصراني بعضهم على بعض لا تجوز الا بعدله وقال مالك والشافعي لا تجوز لما روت جابر ان النبي عليه السلام قبل شهادة اربعة من اليهود على رجل منهم ولان عدالة دينه تجاز ان تقبل شهادته كالمسلم ولان من جاز ان تثبت له الولاية على غيره جاز ان تقبل شهادته عليه كالمسلم فان قيل من لا تقبل شهادته على المسلم لا تقبل على الكافر اصله الفاسق قيل له انما لم تقبل شهادته على المسلم لاجل التهمة الا ترى انهم يستحلون دماءنا واموالنا ولا يؤمن ان يشهد في حق ملتهم وليس هذا لا تقبل الشهادة مع وجود التهمة بحال لانها تقبل مع عدمها بين ذلك ان الفاسق لما حصلت التهمة فيه لحق المسلم والكافر لا تقبل شهادته في حقهما فان قيل لو كان المانع من قبول شهادته

على المسلم ما ذكرتموه وجب ان لا تقبل شهادة اليهود على النصارى ولا النصارى على اليهود لان بعضهم يستحل دم بعض للتهمة قيل له وان كان ذلك كذلك الا ان الكل يجمعهم الذمة واذا تنافوا وعاداوا تنافوا وذلك يقتضي اجماعهم على استحلال الحرمات وليس كذلك المتنافرون والمتعاهدون وهذا يقطع التهمة قال ش ولا تقبل شهادة المجبوب على الزنا وذلك لان اخلاق الرجال تقطع الغصة والمولان كما يقطع انثيلين كما لا تقبل شهادة المسلم على الكافر ولا شهادة الكافر على المسلم كذلك لا تقبل شهادة اهل الذمة علينا ولا تقبل شهادتهم على اهل دارنا قال ش وان كان الخصم اقلف من السباء والرجل يجتنب الكبائر قبلت شهادته وان الم بمعصية وتوبة من عرف بجوده انه قال يا ابن آدم اذا كان الغالب عليك افعالك الخير وانا بيدك من الصغاير ولا يوجد من الكبائر قبلت شهادته لان احدا لا يمكنه الامتناع من الذنوب الا الانبياء عليهم السلام وهذا هو الصحيح لانا لو لم نقبل الشهادة من لا ذنب له تعذر وجود ذكر من الرجال لان ما دب الله تعالى من استشهاد العدول ومن حاضر الشهداء اعلم كان كذلك اكثر من كان الغالب عليه الكثير افعاله الخير واجتنب قال ش وتقبل شهادة الاغمار والخصي وولد الزنا اما شهادة الاغمار فلظاهر الآية والاخبار وقد روي عن ابن عباس لا تقبل شهادة الاغمر ولا تقبل صلوته ولا توكل ذبيحته وهذا انما اراد به المجون بدليل ان ترك الختان لا يمنع جواز الذبيحة والصلوة ايضا اذا ترك الختان استخفافا فانه يمنع قبول شهادته لان من السنن الظاهرة واما الخصي فقد روي ان عمر قبل شهادة علقمة الخصي على قدامة بن مظعون ولان مظلوم بقطعه وكذلك ضمان ضمن قطع ذكر غيره واما ولد الزنا فقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم

لفظ الشهادة بين فلا يقبل الشهادة ويبطل حق صاحب الحق او اشهد بحق ولا
ويشهد بالقضاء وذكر ايضا انه لا يجوز ان العالم يثبت ولا يقبل قوله في القضاء بغير
ذكر ان لم يشهد بالبينة حتى يقر المدعى بها قبض ليوم
وذكر قال ﴿ش﴾ وان شهد شاهدان ان زيدا قتل يوم النحر بمكة واشهد
ان انه قتل يوم النحر بالكوفة واجتمعوا واجتمعوا اخذ الحاكم لم يقبل الشهادة
وتبين وذكر انا تيقن كذب احدهما وليست واحدة منهما باولى من الاخرى
فلم يقبل الشهادتين جميعا قال ﴿ش﴾ وان سبقت احدهما جميعا فقضى بها
ثم حضرت الاخرى لم يقبل وذكر لان الاولى لما حضرت وحدها لم يقطع بكذب بها
فكل بينة لا يقطع بكذب بها يجوز قبولها واذا قبلها الحاكم وقضاها ثم حضرت
الاخرى لم تحكم بها لان الحكم بها ينافي الحكم الاولى والاولى قد حكمنا بصحتها
لما حكمنا بها ولم يتيقن كذب بها فحضور الاخرى فبقي الحكم بحالة قال ﴿ش﴾ ولا يسمع
القاضي الشهادة على جرح ولا حكم بذكره قال الشافعي يسمع عليه البينة وحكم
والدليل على انه لا يسمع عليه البينة ان الحكام من وقت النبي عليه السلام الى يومنا هذا
عن الشهود على السر والعلانية ويكتفون بالاخبار عن احوالهم ولا يسمعون عليه
ولو لم تعرفوا من الشريعة ان البينة لا تسمع على ذلك والا طلبوها كما يفعلون
سائر الحقوق ولان القاضي مامور بالستر على المسلمين فلو قبل البينة على ذلك
حكم حرمته ولان لو جاز سماع البينة على ذلك لاعتبر مدعا عليه واعتبر لفظ
الشهادة ولا ذكر كما يعتبر في سائر الحقوق فلما لم يعتبر ذلك دل على ان البينة لا تسمع على ذلك
﴿ش﴾ واما الدليل على ان الحكم به هو الوجوب المقصود بالحكم التوثق وليس كل من

على شهادتي او اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه وان لم يقل واشهدني على نفسه جاز وهذا الصحيح لان قوله اشهد شرط لما بينا انه لا يجوز للشاهد ان يشهد على شهادة غيره الا ان امر بالاشهاد عليه بخلاف الاقرار وما يثبت حكمه بنفسه وقوله شهادتي هو المعنى الذي يقع عليه الشهادة لا بد من ذكره وقوله اني اشهد ليعلم ان شاهد الاصل اي بلفظ الشهادة في شهادته فلو لا ذكر احتمل ان يكون شهد بلفظ العلم واليقين فاما قوله بعد ذكره على نفسه فلا حاجة اليه لما بينا ان كل ما يثبت حكمه بنفسه يجوز للشاهد ان يشهد به وان لم يقل اشهد وان ذكر ذلك جاز وكان تاكيدا للشهادة وزيادة في الاحتياط حين وجدت الشهادة بامر المشهود عليه وذكر الحاكم الجلسا انه يقول اشهد واشهد كما على شهادتي بكذا وهذا اقرب من الاول قال ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته انه شهد ان فلانا اقر عندي بكذا وقال اشهد على شهادته بذلك قال الحاكم يقول عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته انه شهد بكذا وكذا وذكر الخصاف انه يكرر لفظ الشهادة ثلاث مرات فيقول اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته انه يشهد ان فلان بن فلان اقر عنده واشهده على نفسه ان فلان بن فلان هذا عليه الف درهم وقال اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان اقر عندي لفلان بكذا ويذكر ولا يختصر من صحيح ذلك على ثلث لفظات وهو ان يقول اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته وان فلانا اقر عنده او اشهده على نفسه ان فلان بن فلان هذا عليه الف درهم واحوط لان قوله اشهد لا بد منه وهو لفظ شهادة ثم خبر بعد ذلك بصفة ما يثبت عليه

شهادته وهو الصحيح وقدمنا ان الاحتمال ان يقول اشهد على شهادتي اني اشهد وقال ابو حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف ان لم يذكر ذلك جاز وجه قول ابي حنيفة ومحمد اذا لم يقل واشهدني على شهادتي احتمل ان يكون امره ان يشهد على شهادته وذلك كذب ويحتمل انه امره على وجه التخييل فلا يحمل اثباته تحميلا بالشك وجه قول ابي يوسف ان امر الشاهد وقول محمول على الصحة ما امكن ولانه لا يكذب وليس ذلك الا ان يحمل على انه اراد التخييل فيصح قال ولا يقبل شهادة شهود الفرع الا ان يموت شهود الاصل او يغيبوا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا او مرضوا مرضا يستطيعون معه حضور مجلس القاضي وذلك لان شهادة شهود الفرع قايمة مقام شهادة شهود الاصل وبدل الشيء يعتبر بالاصل في حال القدرة على الاصل اصله سائر الابدال وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يقبل اذا كانوا في المصر لانهم يقدرون على حمل قول فصار كنقل اقرارهم قال فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز وذلك لانه اذا كان شاهد الفرع ممن تجب تزكيته فالفرق بين تزكيته وتزكية غيره فان قبل شهادة نفسه لا يصح الا بتعديله وكان منها فيه قيل له ما يوجب تصحيح شهادته لا يوجب التهمة الا ترى ان ذلك موجود في تزكية نفسه وموجود في اصلاحه وعدالته فيجب على قوله ان لا يقبل شهادته وكذلك لو شهد رجلان عند القاضي حين تعدل عدد اصلاحه جاز وان كان في ذلك تصحيح شهادته كذلك هذا قال لان سكتوا عن تعديلهم جاز ونظر القاضي في حالهم وهذا الذي ذكره قول ابي يوسف

وقال محمد لا يقبل الشهادة اذا لم يعدلا وجه قول ابي يوسف ان شهود الفرع ليسوا مجبرين النقل ولا يلزمهم التعديل لان ذلك قد يخفى عليهم فوجب ان يرجع فيه الى القاضي كما يرجع اليه في تعديل شهود الفرع ولانهم نقلوا قولهم فكانهم حضروا وشهدوا فاما القاضي عنه وجه قول محمد ان نقلوا الشهادة تحتاج الى ان يعلموا انهم شاهدة وذلك لا يكون الا بالعدالة فاذا لم يقروا ذلكم لم يصح كما لو شهدوا عنده من لا يعرفون عدله قال وان انكر شهود الاصل الشهادة لم يقبل شهادة شهود الفرع وذلك لما بينا ان الشهادة على الشهادة لا تصح الا ان يقول شهود الاصل لشهود الفرع اشهدوا على شهادتنا فاذا انكروا اصل الشهادة يظهر ذلك عدم الاذن في الاشهاد فيقبل قولهم ولا يصح شهادة شهود الفرع قال وقال ابو حنيفة في لشاهد الزور اسوة في السوق ولا اعزره وقال ابو يوسف ومحمد يوجعه ضربا ويحبسه وهو قول الشافعي من اصحابنا من قال الاختلاف ليس في هذه المسئلة الا ان ابا حنيفة اجاب في الشاهد اذا حاضر اذا ابانا لا يستحق التعزير لان المقصود منه الزجر وقد انزجر حتى تاب وهو اجابة الذي لم يتب وذلك يستحق التعزير لانه ذنب لم يصر منه حد معلوم ومن اصحابنا من قال قول ابي حنيفة لا يخرج لان اشهاد في سوقه تعزير على هوانه من الضرب في بعض الناس وقد روي ان شريحا كان اذا اتاه شاهد زور يبعث به الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه وقد اجتمعوا يعرفه الناس بقولهم ان شريحا يقرئكم السلام انا وجدنا هذا شاهد زور فخذوا واحذروا الناس واختلف ابو يوسف ومحمد التعزير بالحبس فروي ان عمر ضرب شاهد الزور وحبسه وجهه زهذا الخبر

عاد لم يتب فان قبل انما انكر ليس عليه حد مقدر كما لو شتم الناس قيل له هناك فوت الفرض باعراضه ولم يرتفع فجاز ان يعزر لاجله وهاهنا الحق الضرر بالحال واذا تاب وضمن المال تقرر الضرر مع وجود التوبة ولا معنى للعقوبة وقد قال اصحابنا اذا قال المزكي فلان عدل فكتب في التعديل وذكر اذا قال ما علمت فيه الا خيرا وقال الشافعي لا يقبل حتى يقول عدل على ولينا ما روي ان عمر سال رجلا عن رجل فقال لا اعلم منه الا الخير فقال حسبك والا فاذهب فاعدل بحيث سايرا سباب العدالة وما ذكره وبقي لما يشتمل عليه اللفظ فلا يحتاج اليه كما لا يحتاج الى ذكر غيره من صفات العدالة فان قيل قوله عدل محتمل يحتاج الى بيان قيل له هو حر ملتزم لان العدل من حسب قوله ويكثر الامانة وقد قال اصحابنا ينبغي للمزكي اذا اراد الجرح ان يقول انه اعلم به ولا يبين سبب الجرح فان بين فقال ليس بعدل وهو فاسق قبل ولم يقبل القاضي الشهادة وقال الخصاف اذا علم القاضي رجلا لم يقبل جرحه محملا حتى يبين سبب الجرح وقال الشافعي لا يقبل الجرح حتى يبين لما ان الناس قد يعادون على الستر على المسلمين والان المزكي يحتاج الى ترك التعديل لما يقتضي القاضي شهادة من لم يعدل وهذا يكفي فيه الاشارة والكتابة وكذلك اذا قال هو فاسق صرح لما يقدح في شهادته فان قيل الناس مختلفون في التفسيق فيجوز ان يكون فسقا عند المزكي وليس بفسق عند القاضي ويكون عدلا عند المزكي ولا يكون كذلك عند القاضي قيل له هذا لا يصح لان الاصول التي يوثق بها الشهادة معرفة والواجب حمل امر المزكي على الصحة كما حمل امره في التعديل وانه لا يحمل امره القاضي على ما ليس بسبب عنده والله اعلم

# كتاب الرجوع عن الشهادة

قال واذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت ولا حكم لان الشهادة لا تتعلق بها حكم حتى يتم له حكم القاضي فاذا رجعوا قبل الحكم صار وجودها كعدمها قال واذا حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم ينفسخ الحكم وقال حماد بن ابي سليمان اذا كانت خالة الشاهدة احسن مما كانت والاقبح حكمه لنا ان الرجوع ليس بشهادة بدليل انه لا يعتبر فيه لفظ الشهادة وما ليس بشهادة لا يغير به حكم الحاكم ولان ما اكذب نفسه صار ذكره كما لم يكن من قبل شهادة اخرى حتى لو كان ابتداء ينبغي ان لا يقبل ممن يقصد بقوله ابطال حق الغير برجوعه وحماد يقول اذا كانت مما كان فالظاهر انه صادق فيقبل قوله قال ووجب عليهم ضمان ما اتلفوا بشهادتهم سبب الاتلاف والاتلاف اذا حصل بسبب هو معتبر فيه يلزم به الضمان اصله حافر البئر وواضع الحجر في الطريق قال ولا يصح الرجوع الا بحضرة الخصم او وكيله لان الرجوع اذا لم يكن شهادة فانه امر جري مجرى الشهادة والشهادة غير مقبولة الا بحضرة الخصم او وكيله كما ذكرنا بخلاف الجرح قبل القضاء قال واذا شهد شاهدان بمال فحكم القاضي به ثم رجعا ضمنا المال المشهود عليه وقال الشافعي رحمه الله لا يضمن عليهما لان السبب هو الاتلاف وهما طريق الفعل ويجب ان يلزم مع ضمان المال اصله حافر البئر وواضع الحجر ولانهما اذا رجعا علمنا ان المال سلم للمقضي له بغير تسليم مال الغير الى غير صاحبه بغير حق فيوجب الضمان وقد امرنا ان لا نجيب الا بما يجب الضمان على القاضي ولا على المقضي له فلا يتوجه عليه الا على الشهود ولان من شهد وابان الملك مقوم فاذا رجعوا اضمنوا كما لو شهدوا بالعتق فان قيل

قال

المراد ان فقد بقي على الشهادة من ثبت بشهادته نصف الحق فيكون المتلف ربع المال وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمانية فلا ضمان عليهن لانه قد بقي على الشهادة من ثبت بشهادته جميع الحق فلا معتبر من رجع قال فان رجعت اخرى كان على النسوة ربع الحق لانه قد بقي على الشهادة من ثبت بشهادته ثلاثة ارباع الحق فصار المتلف هو الربع فلزم من رجع قال فان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة اسداسه عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد على الرجل النصف وعلى النسوة النصف وجه قول ابي حنيفة ان الشرع قد جعل كل امرأتين بمنزلة الرجل فصارت النسوة بمنزلة خمسة رجال ويكون الرجل هو السادس ولو كان مكانه رجلان فرجعوا لزم كل واحد منهم السدس كذا هذا وجه قولهما ان جميع النسوة بقي مقام رجل بدليل انه لا يقبل بشهادتهن وحدهن كما لا يقبل شهادة امرأتين واذا كان كذلك صارت بمنزلة رجلين فيكون على الرجل النصف من الضمان وفي قال اصحابنا لو شهد رجلان وامرأة بمال فقضى ثم رجع رجلان عليهما كان الضمان عليهما دون المرأة لان المرأة واحدة لا تجوز شهادتها فصار وجودها كعدمها وقالوا لو شهد رجل وثلث نسوة فقضى ثم رجع الرجل وامرأة لزم الرجل نصف المال ولم يلزم المرأة شيء من الضمان في قول ابي يوسف وقد مر وجه ما بيناه وقد ذكر الشيخ انه ينبغي ان يكون الضمان عليهما اثلاثا على قول ابي حنيفة قال واذا شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بعد ارتفاعها ثم رجعا لا ضمان عليهما لانهما لم يتلفا عليها بشهادتهما شيئا وكذلك لو شهدا بالفرقة من جهتها الا ان خروج من ملكه لامرأة لا قيمة له بدليل ان امرأة مريضة لو زوجت نفسها بأقل من مهر مثلها لم تجب تكملة المهر ولا يكون لمولاها



وان رجع احدهما ضمن النصف لان الشاهد الباقي على الشهادة يثبت بشهادته نصف الحق والاصل هذا ان اربعة لو شهدوا على رجل بمال فقضي به ثم رجع واحد منهم ضمن ربع المال لما بقي على شهادته من يثبت له جميع المال فكذلك هذا فقد ذكرنا ان ما بقي على الشهادة من يثبت بشهادته نصف المال صار الراجع متلفا النصف فلزمه قال وان شهد بالمال ثلثة فرجع احدهم فلا ضمان عليه لما بينا انه قد بقي على الشهادة من يثبت بشهادته جميع الحق فلم يوجد من الراجع اتلاف ظاهر فلم يلزمه ضمان قال وان رجع اثنان ضمن الراجعان نصف المال وقد ذكرنا ما يبنى ان المعتبر من بقي على الشهادة وقد بقي عليها من يثبت بشهادته نصف الحق فصار النصف متلفا برجوع الراجع وليس احدهما باولى من الاخر فكان الضمان عليهما نصفان قال فان قيل لو قال الراجع الاول كيف يجوز ان يلزم من الضمان برجوع غيره وقت رجوعه لم يجب عليه شيء قيل له كما يلزم الضمان جميع الشهود اذا رجعوا وهم ثلثة ولو قال احدهم لو رجعت وحدي لم يلزمني الضمان لا في الحكم لم يسقط قوله قال وان شهد رجل وامرأتان فرجعت احدى المرأة ضمنت ربع الحق وان رجعتا ضمنتا نصف الحق على ما بيناه ان المعتبر من بقي على الشهادة فاذا رجعت



وقد ذكرنا ان الشهود على الاتلاف بالسبب والمباشرة فسقط حكم السبب بطلت شهادة الفاسق والراجع قبل القضاء فجعله هذا ينقض شهود القصاص اذا رجعوا عما اصلح به الخروج اذا اصلح صبي قبل قتله لحرم اخر ان قبل لم يوجب الشهود الا مجرد القول ومجرد القول لا يملك الضمان لا يوجب الضمان قيل له يبطل اذا شهدوا بالعتق والطلاق ثم رجعوا على ان الشهود وجد من جهتهم التحاصل الملك كالغير فتعلق الضمان بذلك لا بمجرد القول قال واذا رجع احد من اثنين الصداق الشاهد الباقي على الشهادة يثبت بشهادته نصف الحق والاصل هذا ان اربعة لو شهدوا على رجل بمال فقضي به ثم رجع واحد منهم ضمن ربع المال لما بقي على شهادته من يثبت له جميع المال فكذلك هذا فقد ذكرنا ان ما بقي على الشهادة من يثبت بشهادته نصف المال صار الراجع متلفا النصف فلزمه قال وان شهد بالمال ثلثة فرجع احدهم فلا ضمان عليه لما بينا انه قد بقي على الشهادة من يثبت بشهادته جميع الحق فلم يوجد من الراجع اتلاف ظاهر فلم يلزمه ضمان قال وان رجع اثنان ضمن الراجعان نصف المال وقد ذكرنا ما يبنى ان المعتبر من بقي على الشهادة وقد بقي عليها من يثبت بشهادته نصف الحق فصار النصف متلفا برجوع الراجع وليس احدهما باولى من الاخر فكان الضمان عليهما نصفان قال فان قيل لو قال الراجع الاول كيف يجوز ان يلزم من الضمان برجوع غيره وقت رجوعه لم يجب عليه شيء قيل له كما يلزم الضمان جميع الشهود اذا رجعوا وهم ثلثة ولو قال احدهم لو رجعت وحدي لم يلزمني الضمان لا في الحكم لم يسقط قوله قال وان شهد رجل وامرأتان فرجعت احدى المرأة ضمنت ربع الحق وان رجعتا ضمنتا نصف الحق على ما بيناه ان المعتبر من بقي على الشهادة فاذا رجعت

الاستحلاف فيه فالاكره ان يعتاد القضاء فيه كغير المسجد فان قيل روى عبد الله بن
ان النبي عليه السلام سمع رجلا ينشد ضالة في المسجد فقال يا ايها الناشد
المسجد لم تكن له والصلوة فيه قبل انشاد الضالة امر مباح يمكن خارج المسجد
والقضاء عبادة وقد نهى عليه السلام ان يمر في المسجد بشيء يذكر هنيئا يكون فيها كثير
بعض فان قيل المكان محضرها الجنب لما يضر قيل له امر المسلمين محمولة
على الصحة ولهم لا يدخلون المسجد وغاية هذا الحال فان قيل فينبغي ان لا يجلس لها
كثيرة قيل له يمكن القاضي ان يخرج الى حين قيامه ونحوه الامر الى جنوده ليقضي بينهما
وانما لم يجلس لوصاحب الحق ليصل اليه جميع الناس على وجه واحد من حيث لا
ولا تقدم ولا تاخير قال ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم او من من
عادته قبل القضاء لها وانه والاصل في ذلك ما روي ان النبي عليه السلام ولا رجلا يعمل
حي فلما عاد قال هذا لكم وهذا اهدي الي فقال عليه السلام اما قعدت في بيت امك او بيت
اليه وروي ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه رأى بوبرة امرأة من قضاعة فاعجبته فاراد ان يتزوجها
هذا لكم وهذا لي فقال عمر هلا قعدت في بيت امك حتى يهدى اليك وعن مسروق رحمه الله
اخذ القاضي الهدية فقد اكل السحت واذا اخذ الرشوة بلغت به الكفر وعن علي
الرشوة في الحكم من السحت وروي انه خطب بيده فاروره فقال في خطبته ما ايب
بها منذ دخلت بها الى هذه اشار الى فرجها وهذا بدل على ان الاباحة لا تقاس على
انه اخذ الصرة لا لرغبة الدنيا فيه بل لذكر هو كفول القائل ياسنوت ولا رجع
كذا في غاية البيان قال ولا يقبل الهدية من ذي رحم محرم من جواب له
عادته بها قبل القضاء لانه في قبل القضاء لاجله فيما يأخذه منه والمنع انما هو لاجل التهمة

والهدية احد الخصمين واذا اتت الخصم لم يمنع منه وقد روي عن النبي عليه السلام انه قال
لعن الله الراشي والمرتشي وعن مسروق من السلف السحت هو الرشوة والفرق
بين الرشوة والهدية هو ان الرشوة يعتبر فيه بشرط ان يجيبه الهدية لا يكون على
شرط قال ولا يحضر دعوة الا ان يكون عامة وذلك لان الدعوة الخاصة
الخاصة يحضرها تهمة والعامة خلافه وقد روي عن محمد ان له ان يجيب الدعوة
الخاصة اذا كانت قرابة كما يجوز ان قبل له هديته لما فيه من صلة الرحم قال
ويشهد الجنازة ويعود المريض لا ذا امر هذه وجاليها لا تهمة ايضا فيها فلا يمنع
القضاء منها وقوله كان النبي عليه السلام يحضر الجنازة ويعود المريض وهو حاكم كلام
قوم قال الصادق رضي الله عنه رسول الله اسوة حسنة قال ولا يضيف احد
الخصمين دون الآخر ما فيه من التهمة وقد روي ان النبي عليه السلام نهى ان يضيف
احد الخصمين خاصة من غير ان يجيب الآخر او الا يضيفهما قال واذا حضراه
سوى بينهما في المجلس والاقبال والاشارة احدهما دون الآخر لانه لا يليق به ولا يليقه حجة وذلك
لما روي عن النبي عليه السلام انه قال اذا اتاكم الخصمان فلا تقضوا لاحدهما حتى يسمع الآخر
والاشارة والنظر لا يزيله صورة على ما قلنا من الخصمين اكثر ما يراعى فيه عدل الاخر وما روي ان عمر
رضي الله عنه سوى بينهما في القضاء قال ابو حنيفة رحمه الله وجهه كان لا يسوي بينهما في
بعض ذلك ولا بأس بتعديد من عدد ذكر واحد قوله ولا يليقه حجة الا في ذكر اعاده
لعبد الخصم وقد بينا انه منهي عن ذكره وقد روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال المختصمون
الي واذا حكم الحكم بحجته ثم قضى له بشيء من ماله فاخذه فليس له ان يأخذ منه شيئا
من ذلك ظلوما جاز للقاضي ان يقضي بالخصم حجة لفصل الخصومة لما ذكرنا وروي عن



بين الخصمين ولم يتعرض لذكر الوعيد قال واصحابنا رحمهم الله لا يجوز للقاضي ان يقضي و
غضبان لما روي عن النبي عليه السلام انه قال لا يقضي القاضي وهو غضبان ولا يقضي
الا وهو شبعان ريان وعلى هذا جميع ما شغله عن الفهم كالجوع الشديد والعطش
جوده وقد روي ان شريحا كان اذا اخذ مضجعه قام وترك القضاء ولان القاضي يحتاج الى
الصبر والمداراة وحسن الخلق ولا يقوى على ذلك مع وجود ما ذكرنا من الشواغل
الخلق ولو كانت قضاء على الغائب لقضى امر جواز الاباء والغيبة والوجه
يؤيد ما ذكرنا يجب ترك القضاء عند وجوده قال واذا ثبت الحق عنده وطلب
صاحب الحق حبس الغريم لم يحبسه وامره بدفع ما عليه وذلك لان الحبس
عقوبة والعقوبة لا تستحق الا بعد وجود سببها من جهته ولم يوجد اذ الامر بدفع ما
عليه فامتنع فقد وجد منه الظلم فاستحق العقوبة لقوله عليه السلام مطل الغني
ظلم قال فان امتنع حبسه لذلك لزمه بدلا عن مال حصل له بدون كفيل بالمال
او التزمه بعقد كفيل والكفالة وهذا الذي ذكره رواية ابن شجاع انه يحبس فيما كان من ذلك
ولا يقبل قوله في الاعسار وذكر الخصاف عن اصحابنا انه يحبس فيما كان من مال
حصل له بمعاملة ولا يحبس فيما سوى ذلك والاصل في هذا ان الاصل في الاصل الفقر
والغنى عارض فاذا توجب استصحاب الاصل حتى يعلم احدوث ملكه بدلا عن مال
فقد علم حصول العناية فيحكم الاصل ووجب استصحاب الغنى حتى يعلم زواله
فلا يعلم بيسره في الاعسار وصار امتناعه ظالما فيحبس واما التزمه فلوجه
وجه مسألة ابن شجاع انها حقوق التزمها بالعقد فالظاهر انه لا يلتزمها الا وهو
قادر على ادائها فاذا ادعى سقوط الاعسار فيريد اسقاطها عن نفسه فلا يقبل قوله

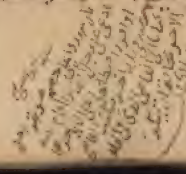


وعلى وجه ما ذكر ملحق الخصم حقوقه بستحق بالامتناع مع الغنى والعجز
واما بالظاهر كسائر الحقوق قال ويحبس فيما سوى ذلك اذا قال لي
فقير الا ان يثبت غريمه ان له مالا وهذا الذي ذكره مثل عوض الخلع ورأس
المال وذلك لان الاصل هو الفقر على ما بيناه ولا يعدل عنه الا بعد انتقاله عن الاصل ولا التزامه
ايضا الفقر فلم يثبت ظلمه فلم يستحق العقوبة الحبس اذا قامت البينة على ان
له مالا ولم يعلم ظلمه وقد قال النبي عليه السلام مطل الغني ظلم فاستحق العقوبة فحبس شهرين
او ثلاثة ثم يسأل عنه وفي رواية الحسن بن زياد بعد اربعة اشهر الى الخمسة والقريب
في هذا غير معتبر وهو مروي عن ابي حنيفة رحمه الله وابي القاضي فالمقصود بالحبس ان يظهر
حاله اذ الظاهر ان له مالا وقد يختلف باختلاف الناس فوقف على اجتهاد القاضي فيه
واما قوله خصمه ثم ما عنده فهذا قول ابي حنيفة انه لا يسمع البينة على الفلس
قبل الحبس وقال محمد حكمي اذا شكل على امره فاما اذا لم يشكل سأل عنه ولم
يحبسه فيجوز ان يقال ان هذا الموضع موضع الاجتهاد وهو ان يغلب على ظن
القاضي ان الشهود يرجعون الى ظاهر الحال فلا يسمع بشهادتهم ثم حين يكشف امره
بالحبس وان غلب على ظنه انهم عرفوا باطن الحال وانه لا مال له فلا معنى للحبس بعد
ذكرنا ان حولنا المسألة على الخلاف فوجه قول ابي حنيفة ان القاضي يقدر على معرفة
حاله بالحبس فلا يحوج الشهود الى قول الشهود الذين يشهدون بالظاهر ولان
الفلس يعني يسأل عنه في السر والعلانية فلا يسمع عليه البينة قبل المسألة
كالحج وجه قولهما ان الاداء يوجب تأجيل الحق فجاز ان يسمع عليه البينة كما
لو اجل قال ولم يظهر له مال خلي سبيله ولا تحول بينه وبين غرمائه

Scanned with CamScanner

وقد بيناه لزفر في كتاب الحجر قال ﴿ ويحبس الرجل في نفقة زوجته لازمة واجبة
من مع اليسار والاعسار فاذا امتنع أداه الحبس كالدين قال ﴿ ولا يحبس والد
في دين ولده اذا امتنع من الانفاق عليه وذكر ان الحبس عقوبة لا تجب على الوالد
تعظيما للوالد وقد قال الله تعالى ولا تقل لهما اف والعقوبة بالحبس اكثر من ذكر
كان اولى بالمنع واما اذا امتنع من الانفاق عليه فلا يمكن استدراك النفقة الا بالحبس
الا ترى انه يسقط عني الزمان عن سائر الديون ولا يسقط بمضيه
الزمان ونظير هذا ما قالوا في المرأة اذا امتنعت من الوطء أنها تجب لا مع معنى
يفوت لمضي الزمان فلا يمكن استدراكه الا بالضرب قال ﴿ ويجوز قضاء
المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص وقد بينا ذلك في الحدود والقضاء
ينفذ قضاؤها فيه لان شهادتها لا يقبل في ذلك والقضاء مع الشهادة فصور
ولي ان لا يجوز قال ﴿ ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد
عنده والاصل فيه حديث كتاب القاضي الى القاضي الذي ذكر بفعله القضاء من لدن النبي
عليه السلام الى يومنا من غير نكير ولانه قام مقام الغير المحقوق يجوز اثباتها بالشهادة
مقامه الغير بالشهادة على الشهادة ولان الضرورة تدعو الى ذلك لانه لا يتأتى ان
يحضر صاحب الحق فلا يمكنه اثبات حقه مع غيبة من عليه الحق ولا يجوز للقاضي
ان يقضي على غائب وان حضر صاحب الحق عند القاضي الآخر لم يمكنه اثبات
حقه مع غيبة من عليه الحق فلطريق الى اثباته الا بالكتاب فصار للضرورة قال ﴿
فان شهدوا على خصم حكم الشهادة وكتب حكمه وان شهدوا بغير حضرة
الخصم لم يحكم وكتب بالشهادة ليحكم بها المكتوب اليه وهذا لان سماع الشهادة

والقضاء لا يجوز الا على خصم فان حضر خصم سمع عليه البينة وحكم بها وكتب حكمه
الى القاضي المكتوب اليه واذا لم يحضر خصم لم يمكنه الحكم على الغائب فيكتب القاضي
الآخر ما سمعه من الشهادة ليحكم بها وهو بمنزلة تحميل شهود الاصل
شهود الفرع ولا يفتقر الى حضور خصم قال ﴿ ولا يقبل الكتاب الا بشهادة
رجلين او رجل وامرأتين وقد كان الشعبي يقبل الكتاب من غير شهادة
والدليل على ما قلنا ان الخط يشبه الخط فلا بد من ان يبرز عليه فوجب ان
يستظهر فيه بذكر الشهادة ولان القاضي لو وجد خطه في ديوانه ولم يحكم
ولم يذكر لم يجز له ان يحكم به فلان لا يحكم لخط الغير اولى واذا ثبت اعتبار
الشهادة قلنا هو احق لا يسقط بالشبهة وهو ما يطلع عليه الرجال
فلا يقبل فيه اقل من رجلين او رجل وامرأتين كسائر الحقوق قال ﴿ ويجب ان
يقرأ الكتاب عليهم ليقروا ما فيه ثم يختمه ويسلمه اليهم وذكر ان الشهود
لا يتأتى الشهادة بما في الكتاب الا بعد معرفتهم بما فيه فلهذا يقرأ عليهم
ويختمه بحضرتهم ليعرفوا المشهود به من غير شك قال ﴿ واذا
وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة من الخصم وذكر ان المقصود من قبول الكتاب
سماع الشهادة على ما فيه والحكم بما فيه والحكم وسماع البينة لا يجوز الا مع الخصم
ولا يشبه هذا سماع القاضي الكتاب بالشهادة انه لا يفتقر الى حضور الخصم
لما بينا ان المقصود منها النقل وذكر لا يفتقر الى حضور خصم كتحميل شهود
الفرع شهادة شهود الاصل وقد قال ﴿ ابو يوسف يقبله من غير حضور
خصم لان الكتاب يختص المكتوب اليه وكان له ان يقبله والحكم بعد ذلك مع



قوله ابو يوسف ان حضوره معتبر ليعلم وجود الاقرار منه والانكار وقد عاد ذكره وجواز
ان يكون له عذر لا يمنع من الحكم لان يقدر ان قيامها بعد ذكره وجه قوله ان صحة
الشهادة هو قوله على الحكم فاذا اعتبر حضوره في الابتداء فلان يعتبر حضوره حال
الحكم اولى واذا ثبت هذا قال ابو يوسف سماع الكتاب مجرى مجرى سماع البينة
وعلى اصل محمد يعتبر حضور المدعي عليه عند انفاذ الحكم كما ذكرنا مسئلة الاقرار
كتب لما بينا من جواز الكتاب بالشهادة مع غيبة المدعى عليه وقد قال ﴿
بخطابا اذا مات القاضي الكاتب او عزل قبل وصول كتابه اليه لم ينفذه المكتوب
وعن ابي يوسف في الاملاء انه ينفذه وبه قال الشافعي وجه قوله انه وصل اليه
كتاب من لا ينفذ حكمه فلا يجوز له قبوله كما لو وصل اليه كتاب شاهد ولانه معنى
لو قارب كتب الكاتب منع من قبوله واذا طرأ على قبل وصوله منع اصله
الصوف فانه قبل الموصل على ثبوت الحق عند القاضي المكتوب اليه على شهادة
شاهدي الكتاب على الكاتب لا تجزئ ان كتاب لا يحكم به ما لم يشهد واصار كموت
شهود الاصل مع بقاء شهود الفرع قيل له بل الموصل على ثبوت الكتاب اليه على
شهادة الشهود ثم الحق يثبت لكتاب القاضي وخطابه تبين ذلك ان الشهود
لا يشهدون بأكثر من انهما فلان فصار واسطة المزكي للشهود والمفتي
في الاصل ان شهود الفرع يشهدون بنفس الحق فاما عن حياة شهود الاصل
وفي مسئلتنا لا يشهدون بنفس الحق والكتاب فتخرج من ان تكون كتاب حكم
فلا يجوز ان يحكم بذلك وقد ذكر بن سماعة عن القاضي الكتاب اذا مات قبل ان يحكم
المكتوب اليه بكتابه لم يحكم بعد ذلك في قول ابي حنيفة وزفر وقال ابو يوسف

حكم به وجه قول ابي حنيفه ان صوت القاضي يوجب عزله فان لم يجز الحكم بقوله كما لو عزله الامام وجه قول ابي يوسف ان قول الكاتب بمنزلة الشهادة فصار كانشاهد اذا مات قبل الحكم بشهادته وهذا اصح لان قول الامام بمنزلة الحكم ولهذا قيل قوله وحده فيحب ان لا ينفذ قوله وهو لا يملك الحكم وقد قال ﷺ اصحابي اذا مات القاضي المكتوب اليه او عزل وولي غيره فوصل الكتاب اليه لم يجز قبوله والحكم به وقال الشافعي يقبله ويحكم به لانا ان الكاتب الى غيره فلا يجز له قبوله كما لو لم يقبل الاول ولان كتاب القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة عند القاضي الا ترى ان كل واحد منهما يقبل الى القاضي يحكم به ولو شهد الشهود عند القاضي ثم عزل لم يجز لاحد ان يحكم بتلك الشهادة وان ضمنها كذلك الكتاب فان قيل شهادة يثبت بها كتاب القاضي عند المكتوب اليه قبلت بها غير عند واصله الكتاب بالحكم قيل له لا فرق بينهما لان كتاب الحكم الى القاضي لا يثبت عند الاخر وانما يثبت ما في الكتاب اذا شهد وابه وفي مسئلتنا ايضا اذا شهدوا بما في الكتاب يثبت فاما الكتاب بنفسه فلا يثبت به شيء عند غير المكتوب اليه وقد قال ﷺ اصحابي اذا كتب من خلفان الى قاضي بلد كذا ولم يكتب اسم القاضي ولا اسم ابيه فينبغي ان يقبل ذلك القاضي لانا نعلم ان في ذلك البلد اذا كان رجل ما كتب اليه قاضيا في ذلك البلد لا نصار بذلك مكتوبا اليه هذا اذا لم يكن في البلد قاضيا اخر وكذلك قالوا لو كتب من خلان الى من وصل اليه كتابي هذا من قضاة المسلمين واشهد على ذلك فجب لمن ورد عليه ان يقبله اذا كان تاريخ الكتاب بعد ولايه الذي يصل اليه الكتاب ذكر هذه المسئلة ابو جعفر الطحاوي في الشروط الكبير والاوسط من غير خلاف واحب ان يكون والي بوغا كتب الكتاب

لا ينصرف ذلك مكتوبا اليه كل قاض فيجوز قبوله واحب ان يكون هو الذي يولي كاتب الكتاب ليكون مكتوبا اليه وقد قال ﷺ ابو حنيفه وزفر اذا انكسر ختم القاضي لم يقبله المكتوب اليه وقال ابو يوسف يقبله وجه قولهما انه كسر لختم يوجب تهمة فيما شهد به الشهود فجاز ان يكون زيد فيه فلم يقبل به الشهادة وهذا اذا لم يحفظوا ما فيه وعلى قول ابي يوسف قد وقفت الشهادة على الكتاب وما فيه بعلم القراءة فلم يؤثر كسر الختم فيه قال ﷺ ولا يقبل كتاب القاضي في الحدود والقصاص لان الكتاب قام مقام الغير فلا يقبل في الحدود كالشهادة على الشهادة قال ﷺ وليس للقاضي ان يستخلف ذلك على القضاء الا ان يفوض اليه وذلك لان جعل اليه الحكم والفصل بين الخصوم وتولية غيره لا يتناوله ذلك وهو بمنزلة الوكالة لان كل واحد منهما يقف على الرأي ولو وكله ببيع عبد لم يجز له ان وكل غيره الا ان يجعل ذلك كذلك هذا قال ﷺ واذا رفع الى القاضي حكم حاكم اخطأ الكتاب او السنة او الاجماع او كان قولا لا دليل فيه والاصل في ذلك ما روي عن النبي عليه السلام انه قال لا يقضي في الشيء الواحد قضاءان مختلفان ولان عمر بن الخطاب لم يقض بالشركة ثم قضى به بعد ذلك وقال ذلك على ما قضينا وهذا على ما يقضي ولان الصحابة ولوا من مخالفهم في هذا مع القضاء فلو كان حكمه ينفسخ لم يولوه ولان ما ليس فيه دليل قاطع للاجتهاد فيه يتعارض فلا ينقض الاجتهاد بمثله كما لا ينقض اجتهاد احد المجتهدين حكم الحاكم قوي ولم يقض باجتهاد آخر واما ما عليه دليل قاطع فلا يتسع الاجتهاد في خلافه فان ترك مثل تحريم المتعة من وقوع الطلاق في حال الحيض فاما ما يتسع فيه الاجتهاد اذا كان فيه دليل قاطع فان حكم الحاكم لا ينفسخ فيه كما لو حكم بترك التسمية عليه عمدا

لان مخالف القرآن ليس في مقابلته ما يعارضه فلم يعتد به وقال محمد رحمه الله حكم الحاكم باطل وهو قول ابي يوسف الاخير وهو الاظهر لان نفي الله تعالى القرآن لان الله تعالى امر بالاستشهاد بشاهدين او بشاهد وامرأتين ليس في مقابلته ذكر الاخر ضعيف فاما الاولى عليه فلا يعتد به قال ﷺ ولا يقضي القاضي على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي يجوز القضاء على الغائب عن المصر بالبينة وان كان حاضرا في البلد وجهان لما روي عن النبي عليه السلام قال لعلي رضي الله عنه حين بعثه الى اليمن لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع من الاخر ولان البينة حجة احد الخصمين فلا حكم لها مع غيبة الخصم الاخر او من يقوم مقامه اصله البينة ولا يجوز ان يحضر الجلسة ولان قبل روي عن النبي عليه السلام لعمر رضي الله عنه لا تقض لاحد على احد حتى تسمع من الاخر كما سمعت من الاول فانك ان تفعل ذلك يتبين لك القضاء وقال ﷺ من كان له على رجل حق او قبله مظلمة من عرض او غيره فليأته اليوم قبل ان لا يكون دينار ولا درهم ان كان له عمل صالح اخذ منه بقدر مظلمته وان لم يكن له حسنات اخذ من سيئات صاحبه فحملت عليه وقال ﷺ من اخذ شبرا من الارض ظلما طوقه الله من سبع ارضين يوم القيامة وقال ﷺ من اخذ من الارض شيئا بغير حقه خسف به يوم القيامة الى سبع ارضين وقال ﷺ من ظلم قيد شبر من الارض طوقه من سبع ارضين وقال ﷺ من ظلم شيئا من الارض كلف ان يحمله الى المحشر فينظر الناس اليه حتى يقضى بين الناس وقال ﷺ من ظلم قيد شبر من الارض طوقه من سبع ارضين وقال ﷺ من ظلم شيئا من الارض كلف ان يحمله الى المحشر فينظر الناس اليه حتى يقضى بين الناس وقال ﷺ من ظلم قيد شبر من الارض طوقه من سبع ارضين وقال ﷺ من ظلم شيئا من الارض كلف ان يحمله الى المحشر فينظر الناس اليه حتى يقضى بين الناس

في قريظة فحاكم رضي حكمه فجاء ليرد على حوار الحكم وكان في عمود الخباء وابي يكتب فاتاه علي فقال ابي هذا اول جوره جاء بخصمه فجاء عمر بن عفان وطلحة فخاصموه فجعل ابي يكتب مطلع خكم لعثمان وانما قلنا يجب ان يكون بصفة القاضي لانه بمنزلة القاضي في حقها فاما غير صفة الحاكم فلا يعتبر في الحاكم في حق جميع الناس قال ﷺ ولا يجوز تحكيم العبد والكافر والذمي في الحدود والقذف والفاسق والصبي وقد بينا انه بمنزلة الشهادة ومعلوم ان الحاكم في حق جميع الناس لا يجوز بهذه الصفة كذلك الحاكم في حقهما قال ﷺ ولكل واحد من الخصمين ان يرجع عما حكم عليهما وذلك لان حكمه موقوف بجاز رضاهما فاذا رجع احدهما قبل تنفيذ الحاكم فقد عدم الرضا فصار كعدمه في الابتداء قال ﷺ واذا حكم لزمهما وقال الشافعي احد قوليه لا يجوز للمحكم ان يحكم لنفسه لانه لا يتهم انا ان النبي عليه السلام اجاز حكم سعد بن معاذ على بني قريظة ولو جاز رجوع المحكوم عليه بعد الحكم لم يلزمهم ذلك مع كراهتهم او كراهة بعضهم ولان حاكما لو رفع بنزاعهما فهو بمنزلة عقد عقداه بتراضيهما فليلزمه ولا يجوز لاحدهما الرجوع فيه فاذا ثبت ما قلنا بطل ما قالوه ومن غير ان يكون مخالفا للنص والاجماع لا يلزمه الخلاص اصلا حكم القاضي قبله هذا باطل اذا اتفقا على اختيار انسان جاز ولو اختار احدهما الرجوع فيه وان كان الحكم فيه فسخه اذا ترافعا اليه وهو خلاف رأيه لان الحاكم انما حكم بينهما بتراضيهما فلا ينفذ على غيرهما اذا لم يكن لهما عليه ولاية والمعنى في الفاسق انه لا يجوز ان يكون قاضيا بتولية الامام كذلك لا يجوز ان يكون قاضيا بتراضيهما وفي مسئلتنا خلافه قال ﷺ واذا رفع حكمه الى القاضي فان وافق مذهبه امضاه وان خالفه ابطله اما اذا وافق مذهبه فليس له ابطاله لانه لو فسخه لاحتاج ان يستدل لحكم نفسه

فلا معنى لقبوله واذا اختلفا فحوه فلا يلتفت الى القول الذي يقول بجواز الحكم لانه ليس له فحوى كما لا يخفى ولان الحكم انه حكم صدر عن غير ولاية الحكم فلا يلزم القاضي اذا خالف رايه اصلا اذا كان الحكم عاميا ولان الحكم لزمها برضاها فلا يلزم ذلك الحاكم وجاز ابطاله كالفتيا فان قيل من جاز له سماع البينة لم يجز لحاكم فتح حكمه اصلا القاضي قبل له لعين في الاصل ان ولايته عامة في حق الجميع فنفذ حكمه في حق الجميع وهنا ولايته لا تثبت بتراضيهما فلم يثبت ذلك في حق غيرهما قال ابو حنيفة ولا يجوز الحكم في الحدود والقصاص وقال اصحاب الشافعي على القول الذي يقول بجواز فيه الحكم في النكاح والطلاق واللعان والقصاص وجهان لنا انه سماع يورث فيه الشبهة فمنع ان يكون نصابا ولانه شهادة في الجملة فمنع جوازه كنصاب شهادة النساء ولان ثبوت الحكم يقف على تراضيهما والتراضي لا يعتبر في وجوب الحد والقصاص فلم يجز التحكيم فان قيل من جاز حكمه في الدين جاز حكمه في الحدود قلنا لم يجز ان يختص بعود حكمه باسوي الحدود والقصاص كما اختص بشهادة النساء بذلك والمعنى في الاصل ما بيناه من ان ولاية الحاكم عامة في حق جميع الناس فكذلك في جميع الاحكام وهنا خلافه قال ابو حنيفة وان حكما رجلا في الخطا فقضى للحكم على العاقلة لم يلزم حكمه لما بينا ان حكمه انما يلزمهما بالتراضي وليس حكما في حقهما وفي غيرهما ولم يوجد في العاقلة الرضا فلم يلزمهم حكمه عليهما وقد قالوا لو قضا بالدية في ثلاث سنين فرفع الى قاض آخر ابطل حكمه لانه مال يلزم العاقلة وقد بينا ان حكم الحاكم اذا رفع الى قاض فله ان يمضيه وله ان يبطله فيلزم ما حكم به ويلزم ذلك العاقلة قال ابو حنيفة ويجوز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول وذلك لانا اذا جعلنا له الحكم بينهما كان ذلك اذا ليس للحكم غير ذلك وقد دل على



وروى ايضا ان زيد بن ثابت حكم باليمين على عمر بن الخطاب حين خاصمه اليه ابي بن كعب في نخل لابي بن كعب في ارض امير المؤمنين من اليمين فانكره ذلك عمر وقال هذا اول جور كرك قال ابو حنيفة وحكم الحاكم لابويه وولده وزوجته باطل وذلك لان القضاء اعم من الشهادة وقد بينا ان شهادة الانسان لهؤلاء لا تنفع فالقضاء اولى وقد قال اصحابنا لا ينبغي ان يولى القضاء الا من يوثق به في عفافه وعقله وصلاحه وتفهمه وعلمه بالشبه والآثار ووجوه القضاء لما بينا ان النبي عليه السلام حين اراد ان يبعث معاذا الى اليمن سأله عن وجوه القضاء وستر احواله فيها وقد قالوا لا يولى صاحب البدع على الفقه لان القول بالرأي والاجتهاد لا يصح الا لمن فرغ فاذا لم يعرف النصوص والستر جاز ان يستعمل بالرأي والاجتهاد في غير موضعه وكذلك من يعرف الحديث ولم يعرف الفقه لا يجوز القضاء لا لفتوى لان الحديث ناسخ ومنسوخ وعام وخاص فلا بد من ان يعرف ذلك في غير موضعه وقد دل على الصحة ذلك قوله عليه السلام رحم الله امرأ سمع مقالتي فوعاها ثم اداها الى من لم يسمعها فرب حامل فقه غير فقيه ورب حامل فقه الى من هو افقه منه فاخبر عليه السلام انه قد يحفظ الفقه من ليس بفقيه وهو من لا يعرف معناه ولا يفتي ايضا لقول الله تعالى ولا تقف ما ليس لك به علم وقال عليه السلام ان الله تعالى لا يقبض العلم انتزاعا ينتزعه من الناس ولكن يقبض العلماء حتى لم يبق عالم اتخذ الناس رؤساء جهالا فسئلوا فافتوا بغير علم فضلوا واضلوا وقد قال ابو حنيفة ما علمه القاضي قبل القضاء لا يحكم به وقال ابو يوسف يحكم به وهو احد قولي الشافعي وجه قوله ان العلم شهادة بدليل انه لا يجوز له ان يحكم له عقيب علمه فلا يجوز ان يقضي بعد ذلك كما لشهادة



على الشهادة ولا يلحق فيه نقصه فلا ينفذ كما لا ينفذ شهادته لنفسه وجه قوله ان المقصود من اقامة البينة على القاضي معلوم ان الشهادة تحمل عليه فلو جاز له الحكم جاز فيما مضى اولى قبل سماع البينة فلما جاز له الحكم هناك جاز هاهنا ان يحكم به بعلمه جاز ان يحكم عقيب ذلك فلما لم يجز دل انه ظن والظن لا يحل شيئا واما علمه في حال القضاء فله ان يحكم به عند ابي حنيفة وابي يوسف وزفر الا في الحدود والقصاص وكان قول محمد مثل ذلك ثم رجع فقال لا ينفذ حكمه وهو احد قولي الشافعي وجه قوله ان لو لم يقبل قوله لم يجز الاقتصار على قضاء واحد الا ترى ان احد الخصمين قد يقر عند ثم يجحد فلو لم يقبل قوله احتاج الى قاض آخر يشهد عنده فلما اقتصروا على قاض واحد دل على جواز قبول قوله كما يقبل في سائر نفسه فان قيل لا يعلم الا من جهة فلا يصح الحكم به كما لا يصح في الحدود قيل له قوله يقبل في القدر وان كان لا يعرف من جهة غير كذلك هو الجواب في الحدود والا تهم تركوا القياس بما روي عن ابي بكر الصديق انه قال لو وجدت رجلا على حد من حدود الله لم احده حتى يكون معي غيري شاهدا وكذلك روي عن عمر وقد قال ابو حنيفة ان حكم الحاكم في الباطن كهو في الظاهر في تنفيذ العقود وفسخها وقال ابو يوسف وهو لا ينفذ الا في ما يجوز في حقيقة الامر في الباطن وبه قال الشافعي وجه قوله حديث ابي بكر ان النبي عليه السلام قال لا يقضي في الشيء الواحد بقضاءين وهو القضاء الذي هو حجة عقد بشهادة شاهد ويمين ثم تبين انهما فاسقان او كافران لا يجوز له فسخه وذلك ان يدعي رجل على آخر مالا فيقيم شاهدا واحدا فيحلف المدعي ويقضي له القاضي ثم ان المقضي عليه اقام شاهدين على ان المدعي كان قضى دينه او ابرأه من الدين قبل ان يرفع الدعوى او ان الشاهدين كانا عبدين او كافرين لا يقبل ان ثبت بالبينة ان شاهدي المدعي

والقسمة بقع الملك فوقفت عليه وقد قال الصحابان اذا وقعت القسمة [illegible]
كالمكيل والموزون والعدد والذي لا يتفاوت فيما يأخذه كل واحد من الشركاء لان
حقه في الاصل وهذا قالوا يجوز ان يجعله مراعاة فاذا وقعت القسمة عليها صار
وقف كالشياع والعقار فيما يأخذه كل واحد من الشريكين في بعضه لحق ملكه
عوضا عما له في يد الاخر وهما وهو معنى المعاوضة ولا يجوز له ان يجعله مراعاة
قال ش ينبغي للامام ان ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس
بغير اجر وهذا كان الفتح حتى لا يحتاج المسلمون اذا اراد الامام ان ينصب
قاسما يرزقه من بيت المال فقد صرح ذلك في ما حرر من مصالحهم وما يدخل المال
معد لمصالح المسلمين فاذا فعله جاز قال ش فان لم يفعل ونصب قاسما
يقسم بالاجر لان القسم يقع للخصمين فاذا اراد الامام ان يكون الاجرة على من يقع له
ذلك جاز قال ش ويجب ان يكون عدلا ساموا عالما بالقسمة لان القاضي
يحتاج ان يرجع الى قوله في ما يجب للمقوم فاعتبر فيه العدالة كالشاهد قال ش ولا
يجبر القاضي الناس على قاسم واحد لان الحق لهم فاذا رضوا بمن تولاه جاز كالوكالة
في البيع وسائر الحقوق ولان القسمة اذا كانت في معنى العقد فعقد الانسان لا يقع
الا طائعا وان كانت في معنى الحكم فلو تراضى الخصمان برجل ليحكم بينهما جاز وكذلك اذا
رضيا بمن يقسم بينهما قال ش ولا يترك القسام يشتركون وذلك لان في اشتراكهم
اضرارا بالناس وهو زيادة الاجرة والحكم عليهم فاذا كان مصلحة الناس ان لا يشتركون
منعهم من الشركة قال ش واجرة القسمة على عدد الرؤوس عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد على قدر الانصباء وجه قول ابي حنيفة ان الاجرة تجب

بالتمييز بالذرع بدليل انه لو ذرع ولم يميز لم يستحق الاجرة وتمييز حق احدهما كتمييز
حق الآخر فصار بذل الاجرة لاجل ما وقع العمل لهما على وجه سواء فان قيل هذا بودي الى ان
يستحق الاجرة نصيب صاحبه قلنا هذا لا يجوز قبل هذا خارج من العادة
لا يعتبر به الا ترى ان زادت الاجرة على قسمة نصيبه لم يقسم وجه قولهم ان الاجرة بمقابلة
المنافع الواقعة في ملكها فوجب ان يكون على قدر الملكين كما لو استوجر على نقل طعام
مشترك وفرق ابو حنيفة بين هذا وبين ما اذا حفر الاجرة على الطالب للقسمة دون المتنع
وذلك ان ابا يوسف عليه وجه قول ابي حنيفة ان الطالب للقسمة انما طلبها لمنفعة
نفسه والممتنع من القسمة انما امتنع من ضرر يلحقه بها فلا يلزم الاجرة من لا
منفعة له وجه قول ابي يوسف ان القاضي يخرج على القسمة وله ولاية ذلك فصار
ذلك كاستئجار القسمة لحق العين والدين قال ش واذا اختار الشركاء عدلا والقاضي
رأى غيره اولى او ضيعة ادعوا انهم وروا عنه فان لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة
حتى يقيموا البينة على ما وصفوه وعدوه ونسبه وقال ابو يوسف ومحمد يقسمها بما عرفا
وذكر في كتاب القسمة انه قسمها بقولهم وجه قول ابي حنيفة انهم لما اقروا انه صيرا
عدلا اقروا انه على حاكم الحكم والانتقال اليه بالقسمة فلم يجز للقاضي ان يصدقهم في
ذلك الا بحجة ولا يعمل بقولهم الا بينة كما لو حضر مانع يدعي التركة وجه قولهما
ان يد الورثة ثابتة على التركة وكل من في يده شيء فالظاهر انه له فجازت القسمة بقولهم
كما لو اذعوا الشركة دون الحيوان وانما قال يكتب في كتاب القسمة ان القاضي قسمها
باقرارهم من لا يكون ذلك قضاء على شريك لهم احتراز عما لا يمكن ذكره قال ش وان كان
المال المشترك ما سوى العقار ادعوا انه ميراث قسمه في قولهم وهذا الذي ذكر

[illegible]

---

استحسانا وكان القياس ان لا يقسمه لما ذكرنا في العقار وجه الاستحسان ان قسمة
العروض غير طلب الاثر بل هي راجعة الى الحفظ وان قسمها حفظ لكل واحد منهم ما حصل
في يده ولا يتمكن فيها التلف فاذا قسمها صار ما حصل في يد كل واحد منهم مضمونا
عليه والعقار لا يتمكن عليه التلف وهو محفوظ بنفسه فلم تدع الحاجة الى قسمته
قال ش واذا ادعوا في العقار انهم اشتروه قسمه بينهم هكذا ذكر في كتاب
القسمة وذكر الجامع الصغير انه لا يقسم حتى يقيموا البينة على الملك وجه الرواية الاولى
ان المبيع بعد القبض يسلم على ملك الباعة وادعوا انتقاله اليهم فلا يقبل الا البينة كما
لو ادعوا الميراث والفرق بينها ان قسمة الميراث يقضي الحكم بالموت وذلك يتعلق به
احكام كثيرة منها حلول الدين وعتق امهات الاولاد والمدبرين وهذه الاحكام لا يجوز
اثباتها بقول الوارث فلهذا لم يحكم الميراث بقولهم وليس كذلك الشراء لان الملك
يستحق فيه بقول البائع والمدعي الشراء فحكي قول غيره فجاز قبوله في اثبات الملك
كما يقبل قول الرسول في الهدية قال ش واذا ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل قسمه
بينهم لان ما في يده في الظاهر انه له فهو في القسمة وعن ابي يوسف الاخرى ان لا يقسم
حتى يقيموا البينة على الملك لجواز ان يكون في يد بائع والملك لغيره وانما جعلنا القول
بالظاهر والظاهر لا يستحق به ملك الغير فلم يجز له القسمة مع الاحتمال قال ش واذا
كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب احدهم لان القسمة حق لكل واحد
منهم وله فيه منفعة واذا طلب احدهما القسمة اجبر الآخر عليها قال ش وان كان
احدهم ينتفع والآخر يستضر لقلة نصيبه فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب
القليل لم يقسم وقال ابو يوسف لا يقسم في الوجهين اما اذا كان الطالب للقسمة ينتفع

---

نصيبه صوبا طالب الحاجة ان فحص مطالبته ولا يعتبر باستغراق الآخر لان لرب البيت
ان ينتفع بملك شريكه والانسان لا ينتفع بغيره من الانتفاع بملكه واما اذا طالب الشركة
الذي يستضر فلا منفعة في القسمة فاذا لم يكن في ما منفعة فلا حق له منها ومن لا حق
له في الشيء لا يجبر دعواه فيه فلا يقبل قوله وجه قول ابي يوسف ان القسمة اذا كان فيها
ضرر لم يجبر القاضي ان يتولاها كما لو اضر القسمة جملة وهذا لا يجبر لان في نصيب
القليل خذ التزام هذا الضرر جبر من ملك شيئا يسيرا وما التزمه من الضرر
يجوز ان يقضي به على من التزمه قال ش واذا كان كل واحد منهما يستضر لم يقسما
الا بتراضيهما لان كل واحد منهما لا حق له في مطالبة صاحبه بما يستضر به واذا لم يقع المطالبة
به لم تقع القضاء فان تراضيا جاز لان القاضي انما لم يقسم مع وجود الضرر في الظاهر
لحقه فاذا رضي جاز ان يكون له منفعة من وجه يعلمها صح ان تصح القسمة بالتراضي
قال ش ويقسم العروض اذا كان من صنف واحد وذلك لان التعديل يمكن بينهما اذا
كانت من صنف واحد وهذا هو المقصود من القسمة وهذه الجملة تحتاج الى
تفصيل وصحيحها ان نذكر ان الكيل والموزون يجوز قسمته فيما بينهم وكيف كان التعديل
تحصل في جميع ذلك من غير تفاوت وكذلك نبر الفضة ونبر الذهب ونبر النحاس وكل
صنف من ذلك يقسم لعدم التفاوت فيه وجود التعديل في نصيب كل واحد من الشركاء
وعلى هذا المعدود الذي لا يتفاوت كالجوز والبيض يقسم بعدده لان التعديل
ممكن فيه غالبا الثياب والغنم والبقر وغير ذلك من الحيوان فيمكن قيمة التعديل ايضا
وهو ان يجعل كل اثنين منه بواحد او واحد وثلثي واحد بواحد فلما امكن ان تجعل نصيب
كل واحد من الشريكين من ذلك المجنس معدلا جاز ان يقسم بعضه دون بعض وقد

قال ابو حنيفة واحد لا يستوجب القسمة فيه لانقطاعه وذكر الثاني جزء منه وذكر
[illegible] القاضي ايضا
لما فيه من ابطال الملك والكلام بنفسه ان شاء نفسها وكذلك الثوبان اذا
اختلفت قيمتهما الا ان الثوب المختلفين لا يعدل احدهما بالاخر الا بزيادة
مع الاذكر وادخال الدراهم في القسمة لا يجبر عليها القاضي لان القسمة حق
والملك للشركة والشركة بينهما على السواء فاذا دخل في القسمة الدراهم يقسم ما
ليس بمشترك وهذا لا يجوز فان تراضيا على ذلك جاز للقاضي ان يقسم لان الحق
لهما فاما ثلثة اثواب فيقسم القسمة فيها على القيمة ثوب بثوبين او ثوب وبعض
ثوب بثوب وذكر جابر وهي قسمة في بعض المشتركة وان بعض لان كل واحد منهما
يأخذ ثوب ويبقى الشركة في ثوب وذكر جابر اذا لم يكن غيره وهذا ان لا
يقسم الصحيحة ويترك على الشركة وهو قسمة بعض الملك دون بعض كذا ذكر هذا
قال ولا يقسم الجنسين بعضها في بعض وذلك لان القسمة وضعت لتعيين
بعض الحقين من الاخر وليس في الجنسين اختلاف تعيين فلا تكون القسمة في
هذا الوضع معارضة والمعاوضة لا يجوز الا بالتراضي فان تراضوا بالقسمة
في الجنسين قسمة افراز ويجوز وعلى هذا الاواني من الفضة لا يقسم بعضها
في بعض لان صناعة الصنعة حكم الجنسين بدليل اختلاف الثمنية وكذلك الاواني
من الصفر الرصاص وغيره تقوم بالصنعة فحكم الاجناس المختلفة وكذلك
القباء والخفين والجبة لا يقسم بعضها في بعض وان كان اصلها ثوبا واحدا كذا ذكر
انها صارت في حكم الاجناس المختلفة وقد قال ابو حنيفة لا يقسم الرقيق

والجوهر الفاخرة وقال ابو يوسف ومحمد يقسم الرقيق بعضه في بعض وبه قال الشافعي
وجه قول ابي حنيفة ان القسمة وضعت للتعديل ولا يمكن الا دون الا من جنسه
خلاف ما هو عليه من الصفات فلو جوز القسمة فيما هو دونه سابر المقومات
خلاف ذكر فان قيل فعلى هذا ينبغي ان لا يقوم المستهلك من العروض قيل له لما امكن من
التقويم بدقوم والقسمة فيها بدلا جبر ان ثبت من غير تعديل وجه قولهما
ان ما جاز بيعه جاز قسمته اصله الثياب والغنم والارجنس واحد كالغنم فاما ما ذكر
من تباين احدهما فان كان احدهما لا يقسم بعضه في بعض فان انفرد منها امكن التعديل
فيه فجازت قسمته قال ولا يقسم حماما ولا بيتا ولا رحا الا ان يتراضى الشركاء
وذلك لان كل واحد منها ينتفع بجميع هذه القسمة وفي كان في القسمة ضرر على
كل واحد من المتقاسمين لم يكن فيها حق لواحد منهما فلا يجبر مطالبة بها لان يقوم
القاضي فعله وكذلك الحائط بين دارين لا يقسم لان ذلك يكون بنقضه وهذا لان الملك
وذلك لا يجوز وعلى هذا الخان الكبير اذا استغرق كل واحد منهما بمنفعة
لا يقسمه لما ذكرناه فان تراضوا بالقسمة جاز بتراضيهم وانما لا يكون القاضي
اجبر واحد منهما عليها قال واذا حضر واثنان فاقام البينة على الوفاة
وعدد الورثة والدار في ايديهم وبعضهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضر
ونصب للغائب وكيلا يقبض ذلك لان كل واحد من الورثة قائم مقام كل الميت وخصم عنه
فاذا حضر اثنان فطلب احدهما الاخر القسمة قام المطلوب مقام الميت في
ان يقضي عليه كما يقضي على احد الورثة بالدين المدعى على الميت فاما الغائب فالقاضي
يقيم مقامه وله ولاية على الصغير فيما ان ينصب عنه خصما ويقضي القسمة

وكذلك ان احدهم صغير قام وصي عنه وكيلا فاما الذين يقيمون البينة على
الوفاة وعدد الورثة فلا يقسم عند ابي حنيفة وقد بيناه فان كان بعضهم كبيرا وبعضهم
لم يقم بينة ايضا على ما قدمناه وعند ابي يوسف ومحمد يقسم لكن يقسم بحضرة
الغائب وحصة الصغير ويشهد انه قسمها بالقرار ويجعل الغائب والصغير
على حجته قال واذا كانوا اكثر من اثنين لم يقسم مع غيبة احدهم لان كل واحد من
الشركاء ليس بخصم عن الاخر والقاضي لا ولاية له على الغائب فلا يجعل القضاء له
من ان يحضر ان يقوم مقامه وهذا قول لهم من غير خلاف قال وان كان
العقار في يد الوارث الغائب لم يقسم وذلك لان القسمة فيما استحق فيه الغائب
وذلك لا يجوز ولان القاضي يقبل الاقرار ويقسم بينهم لان الشيء اذا وقع ناذا
كانت البداية لم يرد ولم يرجع الرجوع الى قول الغائب كما لو رجع الى قول واحد هذا
اذا كان لا حد صغير قال واذا حضر وارث واحد لم يقسم وذلك لان القسمة
تجب الا بين متقاسمين فاذا حضروا واحد وليس له خصم لم يجب الحكم وليس كذلك
اذا حضر اثنان من الورثة لان الطالب للقسمة يقوم مقام نفسه والاخر يقوم
مقام الميت وحق الغائب يثبت على الترتيب فيجعله كالبينة
والواحد لا يجب ان يكون مدعيا ومدعا عليه قال واذا كانت الدار مشتركة
بين نصر واحد فقسمت كل دار على حدتها فاقر ابو حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد ان كان الاصح لم تقسم بعضها في بعض قسمها وجه قول ابي حنيفة
ان الدور مختلفة لاختلاف الاجناس بدليل ان الوكالة لا تتناول بشرى دار كما لا يتناول
بشراء ثوب وهذا بخلاف البلاد والحق ان الاجناس والاجناس لا تقسم

قوله من اختيارهم السفل على العلو واجاب محمد على حكم سائر البلاد وجه قولها ان السفل صفتان السكنى والخطر والعلو له صفة واحدة وهو السكنى وله ان اصله ان صاحب العلو لا يبنى الا برضا صاحب السفل فلهذا جعل الذراع من السفل بذراعين من العلو ليكون منفعتين بازاء منفعتين واما ابو يوسف قال صاحب العلو يسكن بناء على اصله وكذلك صاحب السفل له ان يسكن وخالفنا فيما اذا امتنع كذلك الذرع واما محمد فانه يقول من البلاد ما يفضل العلو على السفل مثل مكة وصنعاء الا ومنها ما يفضل السفل على العلو مثل بغداد والكوفة والمقصود تبيين الخطوط وتقدير الاقسام فوجب ان يرجع الى القسمة وصاحب الكتاب اختار ذكر واذا ثبت هذا قال ابو حنيفة اذا ارتفعت غاية ذراع من السفل الذي لا علو وما به ذراع من العلو الذي لا سفل له حسبنا ستة وستين ذراعا فالثلث للعلو لان العلو عنده ينصف السفل فيسقط من ذرع السفل المنفرد الثلث ثم يذرع العلو الذي لا سفل له فاذا كان بإزاء ذراع حبتين ثلث وثلثان وثلثا العلو المنفرد له منفعة واحدة ولهذا قالوا في البيت الكامل الذي له علو ان لكل ذراع منه ثلث منافع فيكون لثلثة اذرع من العلو وبذراع من السفل الذي لا علو له وقال ابو يوسف اذا ارتفعت غاية ذراع من السفل الذي لا علو له جعلتها خمسين ذراعا فالسفل والعلو وكذلك العلو المنفرد وقال بشر بن الوليد كنت انا انظر الى المواضع التي تتفاضل فيها السفل والعلو فاقوم عليها فاذرعها فهذا هو قول الكل وهو الاحسن عندهم قال واذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما وهذا الذي ذكره

قوله ان اختيارهم السفل على العلو واجاب محمد على حكم سائر البلاد وجه قولها ان السفل صفتان السكنى والخطر والعلو له صفة واحدة وهو السكنى وله ان اصله ان صاحب العلو لا يبنى الا برضا صاحب السفل فلهذا جعل الذراع من السفل بذراعين من العلو ليكون منفعتين بازاء منفعتين واما ابو يوسف قال صاحب العلو يسكن بناء على اصله وكذلك صاحب السفل له ان يسكن وخالفنا فيما اذا امتنع كذلك الذرع واما محمد فانه يقول من البلاد ما يفضل العلو على السفل مثل مكة وصنعاء الا ومنها ما يفضل السفل على العلو مثل بغداد والكوفة والمقصود تبيين الخطوط وتقدير الاقسام فوجب ان يرجع الى القسمة وصاحب الكتاب اختار ذكر واذا ثبت هذا قال ابو حنيفة اذا ارتفعت غاية ذراع من السفل الذي لا علو وما به ذراع من العلو الذي لا سفل له حسبنا ستة وستين ذراعا فالثلث للعلو لان العلو عنده ينصف السفل فيسقط من ذرع السفل المنفرد الثلث ثم يذرع العلو الذي لا سفل له فاذا كان بإزاء ذراع حبتين ثلث وثلثان وثلثا العلو المنفرد له منفعة واحدة ولهذا قالوا في البيت الكامل الذي له علو ان لكل ذراع منه ثلث منافع فيكون لثلثة اذرع من العلو وبذراع من السفل الذي لا علو له وقال ابو يوسف اذا ارتفعت غاية ذراع من السفل الذي لا علو له جعلتها خمسين ذراعا فالسفل والعلو وكذلك العلو المنفرد وقال بشر بن الوليد كنت انا انظر الى المواضع التي تتفاضل فيها السفل والعلو فاقوم عليها فاذرعها فهذا هو قول الكل وهو الاحسن عندهم قال واذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما وهذا الذي ذكره

قوله ان اختيارهم السفل على العلو واجاب محمد على حكم سائر البلاد وجه قولها ان القاسم قام مقام الحاكم فصار محضرا شهادته كما يقبل قول الحاكم ولان الشهادة لا يقع الذراع انما يقع بالتمييز وذلك لا يقع بفعله وانما يقع عروج القرعة فصارت شهادته بغير فعله فجازت وجه قول محمد ان القسمة فعله وشهادة الانسان بما فعله لا تجوز ولا يكون شهادة وانما يكون اقرارا وقد ذكر الطحاوي ان القسمة من كانت باجرة فانه لا تجوز الشهادة قال واذا ادعى احدهما الغلط وزعم انه اصاب شيئا في يد صاحبه وقد استهلكه على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا ببينة وذلك لانه يدعي حق القبض في عقد عقده واقر باستيفائه فلا يقبل دعواه الا ببينة فاذا اقام البينة قضى له بتمام حقه فان لم تكن له بينة استحلف الشريك على ذلك في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يمين عليه وهو قول زفر وقال ابن ابي ليلى ان استوفى حقه في الجنس فكذلك الجواب عنده وان استوفى في خلافه فالقول قول الشريك مع يمينه وذلك لانه يدعي على شريكه الغصب فيكون القول قول الشريك مع يمينه الا ان يقيم المدعي بينة قال واذا قال اصابني من موضع كذا ولم يسم لي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة وذلك لانه اختلاف في المعقود عليه فصار كالاختلاف في قدر المبيع فاذا قامت لاحدهما بينة اخذ بها كما قلنا في البيع قال واذا قسما دارا واخذ كل واحد منهما طائفة ثم ادعى احدهما بينة في يد الآخر وقال هذا مما اصابني وكذبه الآخر فعليه البينة فان اقامها البينة اخذت بينة المدعي لانه قد اثبت بينة الخارج وصاحب اليد ولو اقتسم رجلان ماية شاة فاصاب احدهما خمسة وخمسين واصاب الآخر خمسة واربعين فادعى صاحب الاكثر

قوله ان اختيارهم السفل على العلو واجاب محمد على حكم سائر البلاد وجه قولها ان السفل صفتان السكنى والخطر والعلو له صفة واحدة وهو السكنى وله ان اصله ان صاحب العلو لا يبنى الا برضا صاحب السفل فلهذا جعل الذراع من السفل بذراعين من العلو ليكون منفعتين بازاء منفعتين واما ابو يوسف قال صاحب العلو يسكن بناء على اصله وكذلك صاحب السفل له ان يسكن وخالفنا فيما اذا امتنع كذلك الذرع واما محمد فانه يقول من البلاد ما يفضل العلو على السفل مثل مكة وصنعاء الا ومنها ما يفضل السفل على العلو مثل بغداد والكوفة والمقصود تبيين الخطوط وتقدير الاقسام فوجب ان يرجع الى القسمة وصاحب الكتاب اختار ذكر واذا ثبت هذا قال ابو حنيفة اذا ارتفعت غاية ذراع من السفل الذي لا علو وما به ذراع من العلو الذي لا سفل له حسبنا ستة وستين ذراعا فالثلث للعلو لان العلو عنده ينصف السفل فيسقط من ذرع السفل المنفرد الثلث ثم يذرع العلو الذي لا سفل له فاذا كان بإزاء ذراع حبتين ثلث وثلثان وثلثا العلو المنفرد له منفعة واحدة ولهذا قالوا في البيت الكامل الذي له علو ان لكل ذراع منه ثلث منافع فيكون لثلثة اذرع من العلو وبذراع من السفل الذي لا علو له وقال ابو يوسف اذا ارتفعت غاية ذراع من السفل الذي لا علو له جعلتها خمسين ذراعا فالسفل والعلو وكذلك العلو المنفرد وقال بشر بن الوليد كنت انا انظر الى المواضع التي تتفاضل فيها السفل والعلو فاقوم عليها فاذرعها فهذا هو قول الكل وهو الاحسن عندهم قال واذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما وهذا الذي ذكره

الغلط في القسمة وقال احتاط في تقريرها فان القسمة لا تعاد ولا يقبل قوله في ذلك لان القسمة تختلف باختلاف الاجتهاد والاوقات فاذا مضى على القسمة وقت لم تقبل البينة بعد ذلك لجواز ان كان القيمة اختلف ولو قال اخطأ احد الورثة وهذه قسمة غلط كان مثل الآخر فاقتسما على هذا لا بينة بينهما والقول قولهما بغير خلاف وتراد ما اذا اقتسم الرجلان الدارين واخذ كل واحد منهما دارا ثم ادعى احدهما الغلط واقام بينة فقوله يذكر الذرع ولا تعاد القسمة وهو قياس قول ابي حنيفة القسمة فاسدة وهو فرع على اختلافهم في بيع ذرع من دار قال ابو حنيفة لا يصح لعلو يفض القسمة لرجوع باذرع من الدار الاخرى وتبقى ذراع من دار لا بخون ولا يمكن رده الدارين لا يقسم احديهما في الاخرى الا بالتراضي فهو في معنى البيع فلا يصح على هذا ورد على قول ابي يوسف ومحمد القسمة فيها معنى البيع بدليل ان القاضي لا يقسمها الا اذا كان ذلك اصلح فليست قسمة محضة واذا صارت في معنى البيع لم يمتنع بالغلط ووجب استيفاء الزيادة من الدار الاخرى وذكر عندها لا يفسد البيع لان ذرع من دارين لا يشبه الدار الواحدة لان الغلط في الذرع فيها يوجب الرجوع باذرع من احد النصيبين فيبقى الشركة بحالها وليس فيه ما في البيع ان ينقض ويستانف على الوجه المار على قول ابي حنيفة قال واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه لم يبطل القسمة عند ابي حنيفة ويرجع خصمه ذلك من نصيب شريكه وقال ابو يوسف يبطل وجه قول ابي حنيفة وهو قول محمد ان القسمة فيها معنى البيع ومعلوم ان المتباين اذا استحق بعض نصيب احدهما كان للخيار ان شاء انتقال الى ورجع بحصته

الغلط في القسمة وقال احتاط في تقريرها فان القسمة لا تعاد ولا يقبل قوله في ذلك لان القسمة تختلف باختلاف الاجتهاد والاوقات فاذا مضى على القسمة وقت لم تقبل البينة بعد ذلك لجواز ان كان القيمة اختلف ولو قال اخطأ احد الورثة وهذه قسمة غلط كان مثل الآخر فاقتسما على هذا لا بينة بينهما والقول قولهما بغير خلاف وتراد ما اذا اقتسم الرجلان الدارين واخذ كل واحد منهما دارا ثم ادعى احدهما الغلط واقام بينة فقوله يذكر الذرع ولا تعاد القسمة وهو قياس قول ابي حنيفة القسمة فاسدة وهو فرع على اختلافهم في بيع ذرع من دار قال ابو حنيفة لا يصح لعلو يفض القسمة لرجوع باذرع من الدار الاخرى وتبقى ذراع من دار لا بخون ولا يمكن رده الدارين لا يقسم احديهما في الاخرى الا بالتراضي فهو في معنى البيع فلا يصح على هذا ورد على قول ابي يوسف ومحمد القسمة فيها معنى البيع بدليل ان القاضي لا يقسمها الا اذا كان ذلك اصلح فليست قسمة محضة واذا صارت في معنى البيع لم يمتنع بالغلط ووجب استيفاء الزيادة من الدار الاخرى وذكر عندها لا يفسد البيع لان ذرع من دارين لا يشبه الدار الواحدة لان الغلط في الذرع فيها يوجب الرجوع باذرع من احد النصيبين فيبقى الشركة بحالها وليس فيه ما في البيع ان ينقض ويستانف على الوجه المار على قول ابي حنيفة قال واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه لم يبطل القسمة عند ابي حنيفة ويرجع خصمه ذلك من نصيب شريكه وقال ابو يوسف يبطل وجه قول ابي حنيفة وهو قول محمد ان القسمة فيها معنى البيع ومعلوم ان المتباين اذا استحق بعض نصيب احدهما كان للخيار ان شاء انتقال الى ورجع بحصته

فقد جاز اذا طلب احد الشريكين وقال الشافعي لا يجوز لنا قوله تعالى هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهذا صهاريج ولان المنافع كالاعيان ثم قبل لهما التهايؤ تمكن استحقاق قسمة العين دون قسمة المنفعة فيه بالاعيان ثم قبل لهما التهايؤ تمكن منافع بمنافع من جنسها واحد فهي اجارة والاجارة لا يكره عليها القاضي قبل له هذا ينتقض الاعيان ان قسمها معين البيع ولا يجوز الاكراه على البيع ثم قبل ذكر تعبير وليس بصحيح قيل له كذلك هنا هو تعيين من كل واحد منهما وليس باجارة ثم طلب احدهما المهايأة وطلب الآخر قسمة الاصل فهو اولى لان القسمة على الاصل ولهما بانت بثبت بدلا عنها واذا كان الدار بين رجلين فيها بيوت فان كل واحد منهما طالبة منها بسكنها اجبارا لان قسمة الاصل يجوز كذلك المهايأة ولو شرط كل واحد منهما ان يشغل ما اصابه بالمهايأة جبارا لان المهايأة قسمة المنافع فقد ملك كل واحد منهما ما حصل له فله ان يأخذ عوضه وعلى هذا الدار بين الثلث وهو ظاهر على قولهما لجواز القسمة في دار بين على اصل ابي حنيفة لا يجوز كما لا يجوز القسمة في الاعيان وكذلك لو كانت دارا واحدة صغيرة قسمها على ان يسكن هذا شهرا او هذا شهرا جبارا لانه لا يمكن الانتفاع منفعة احدهما على الاشتراك ويكون له معين الغارية لان قسمة الاصل لا يجوز على هذا الوجه والمهايأة معتبرة بقسمة الاصل ولو كان فيها خلوة يتخير فيها بان اخذ كل واحد منهما طائفة يستمر لم يجز لان المهايأة تختص بالمنافع فلو جوزنا في مسئلتنا استحق بها الاعيان وذلك لا يجوز

## فصل من كتاب الشرب

قال النبي عليه السلام الناس شركاء في ثلث الماء والكلاء والنار وهذا يقتضي ان يكون الماء المباح في اصل خلقته مشتركا سواء كان في الانهار او العيون لا يكون لاحد ان يحرز منه شيئا ويمنع غيره منه فاذا احرزه بآنية او وعاء صار ملكه وكان لغيره ان يأخذه منه بغير اذنه لاجماع الامة على جواز الشرب والقرب من العيون والانهار من غير نكير وكذلك الكلاء في اصل الاباحة وهو الحشيش الذي ينبت من غير ان يزرعه احد فان قطعه قاطع واحرزه صار ملكه وصار لغيره ان يأخذه منه بغير اذنه لما بينا ان الشركة بالشركة في النار لا اشتراكا في عينها واما الفحم فهو ملك لصاحبه لا يجوز لاحد اخذه الا باذنه والنار في الحطب فيه وهذه الشركة التي ذكرها النبي عليه السلام انما هي شركة اباحة لا شركة املاك لانه غير معلوم في الاصل واذا منعنا ها ثبوت حق كل واحد منهم فيما يتدلى احد منه واذا ثبت هذا فانما كان من الماء في الانهار التي يجري لجماعة المسلمين مثل الدجلة والفرات فليس لاحد من الناس كلهم ان يمنع احدا من السقي منها للشفة ولا غيرها ويجوز لمن احيا ارضا عما حد هذه الانهار ان يشق منها نهرا من هذه الانهار العظام الا اذا كان لا يضر بالنهر فان ضر فلكل احد منعه من ذلك وذلك لان الانهار العظام لجماعة المسلمين لا اختصاص بها احد كشوارع التي لا اختص بها احدا فجاز لكل واحد منهم ان ينتفع بها من غير اضرار بغير كالمرور في الطريق والجلوس في فنائه لرب الدار بالناس كان لكل واحد منعه واما النهر الخاص والعين والبئر فليس لاحد ان يسقي غيره ومن سبق زرعه منها ولا يجيء من الشرب في الاصل في ذلك ان النبي عليه السلام جعل البئر حريما حتى لا يحفر احد الى جنبه بئرا اخرى فيغور ماؤها فلو جوزنا لكل احد ان يسقي زرعه كان ذلك احد من حفر البئر الى جنبها فلذلك لم يجز وليس كذلك الشرب لانه قد لا يلحق صاحب البئر منها

ولا يغرس فيها فان فعل بعد النهي لم يجز لان المنع حق فاذا رضي فقد اسقط حقه ولا يجوز ان يبيع شرب يوم او اكثر لانه ان باع الماء فقد باع ما لا يملكه وباع ايضا مجهولا لم يره وان باع حق السقي والحقوق لا يجوز بيعها لان العقد انما يجوز على عين ولم يوجد ذلك واذا استاجر الشرب والشرب هذه الارض لم يجز ايضا لان الاجارة انما تقع على المنافع والشرب يتضمن اتلاف الماء وهو عين فلا يجوز ان يستحق بعقد الاجارة ومن اصحابنا من قال يجوز اذا كان الشرب معلوما لان الشرب تابع للارض اذا استاجر جامع الشرب لان العقد يقع على الارض والشرب تبع ويستحق بالعقد على وجه التبع ما لا يجوز ان يفرد بالعقد اصلا اعتبارا بالجزء المشاع فصار كما اذا استاجر الارض واستاجره لم يجز لان الشرب تبع على حق السيل والحقوق لا يجوز بيعها والاجارة تبع جامع تبعه الى السيل فانه اتلاف وذكر الجواز فلا يجيء واذا اشترى الرجل ارضا فليس له شرب ولا سيل ما لم يذكره في العقد على الارض والشرب غير الارض فلا يدخل في اطلاق العقد كالزرع فان اشترط ذكره وحلف في البيع جاز وبه قال مالك ولو اشتراها بكل حق هو لها كان له السيل والشرب لان ذلك من حقوقها وكذلك اذا شرط من الفناء دخل في البيع وكذلك اذا شرط كل حق وقيل هو لها وهو ان لا يعرف ذلك من حقوقها واما حق المحاقل فهو ان استاجر ارضا فليس له سيل ولا شرب في القياس ان العقد وقع على الارض والشرب والسيل خارج عنها فلا بد من تسميته والاستحسان ان يكون له لان المقصود بعقد الاجارة الانتفاع به وهذا لا يجيء اجارة ما لا ينتفع به ولا تكن الانتفاع بالارض الا بالشرب والسيل فدخلا من غير تسمية

واما اذا كان النهر بين قوم لم يكن لاحدهم ان يحول كيزانه الى ماء بينهم مشتركا واختصوا الشرب فالشرب بينهم على قدر اراضيهم لكل واحد منهم بقدر حصته وذكر ان النهر اذا كان بين قوم فاستغنى بعضهم عن الشرب فاراد ان يسقي الارض ثم يردها الى النهر ليس له ذلك لان الماء قد خرج عن ملكه وصار مباحا فلا يعود اليه ملكه بالرد كما لو ارسل ماشيته في الصحراء ثم ردها لا يعود اليه ملكه وكذلك لو ارسل داب

قابضا فوجه وذكر ان البيع يتعلق به الاستحقاق بعقدة وغرض المكره حصول ما يتعلق به الاستحقاق فاذا حصل غرضه بالعقد خرج القبض من ان يكون مكرها عليه فاذا وقع البيع من غير اكراه دل على الرضا فلا ينفذ العقد ولا يشبه هذا اذا اكره على البيع دون القبض فوجب ان لا يكون ذكر رضائه بالبيع وذكر لما بينا ان غرض المكره حصول ما يتعلق به الاستحقاق وقد تعلق به الاستحقاق فصار الاكراه عليها اكراها على القبض ضرورة لان البيع لا يتعلق به الاستحقاق الا بالقبض فصار ذكر الاكراه على القبض في البيع فذكر لم يوجد منه صريحا على الرضا بالبيع ويرد ذكره ان كان في يده وقد قالوا لو اكرهه على بيع فوهب جاز ذكره ولم يكن مكرها لان الهبة عقد فخالف البيع فنفذ عليه ولو اكره على ان يقر بالف فاقر بخمسمائة فهو باطل لانه مكره على الالف وعلى ابعاضها ومن اقر بها بالف فاقر بخمسمائة لم يلزمه ولو اكره على ان يقر بالف فاقر بالفين لزمه الف وبعد رد ذلك انه مكره على احد الالفين والالف الاخرى لم يكره عليها فهو اقرار بها فيلزمه فان قيل هذا كما قال ابو حنيفة رحمه الله في شاهدين شهد احدهما بالف وشهد الاخر بالفين انه لا يثبت لان كل واحد منهما شهد على انه اقر كذا كذا هذا وجب ان يلزمه الفان لانها غير الالف قيل له المعتبر عند ابي حنيفة في الشهادة اتفاق الشهود في العقد لا في غير الا ترى ان اللفظ واحد ولكن كذا الاكراه لان المعتبر فيه الموافقة في المعنى دون اللفظ لان غرض المكره ان يتخلص باقراره من الاكراه وينفعل ما اراد المكره وقد اتفقا في الامر في المعنى وان اختلفا في اللفظ وعلى هذا قالوا لو اكره على بيع جاريته من زوجها فوهبها منه او اكره على بيع عبده من ابيه فباعه منه او اكره على بيع عبده من ابيه فباعه منه او اكره على بيع عبده من ابيه فباعه

فقال ان عاد واتحد قتل ان شاء الله تعالى لان الامر اكره وقلبه مطمئن بالايمان وذكر في خزانة
بن ياسر وكر من شرح الكفر صدرا فعبد الله بن سرح قال فاذا ظهر ذلك
وقلبه مطمئن بالايمان فلا اثم عليه وان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان مأجورا
وذكر الحاوي ان المشركين عذبوا عبد بن يد فاعوه من اجلهم كه فقالوا له
لفظكا والتذكرن الهتنا بخير ونقول فيها خيرا وكان شيخ العقل وذكر محمد حلزم
خير حتى قتلوه فقاله النبي عليه السلام هو رفيقي في الجنة ولان الكفر لم يجل حال
لاظهاره من غير اعتقاد فاذا صبر ولم يظهر الكفر وقد قصد بذلك اعزاز
الدين فهو اولى من اظهاره وقالوا ان يشم المسلمين وتوهم من ظلم الحجاج
وذكر خبر هباج محال وخبره معلوم بالعقل فهو كالكفر والصبر فيه اولى
قال ومن اكره على اتلاف مال امسلم بامر نحاف منه على نفسه او على عضو من
اعضائه وسعه ان يفعل ذلك وذلك لان مال الغير يحتمل استباحته لدفع الضرر
على نفسه فصار كما اذا خاف التلف عند الجوع فاكله فلا اثم عليه بذلك قال والصاب
الحال ان يخشى المكره لما بينا ان فعل المكره ينتقل ويصير المكره بمنزلة الآلة فصار
كالمكره الذي باشر الفعل وهو اتلاف المال فلزمه الضمان قال وان اكره
رجل بقتل على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه ويصير حتى يقتل وذلك لان قتل المسلم
لم يبح الضرورة حال فما يفعله حال الاكراه انما يجوز له الاقدام عليه للضرورة فما
لم يبح الضرورة حال لا يبيحه الاكراه قال فان قتله كان آثما وذلك لانه اقدم على
ما لا يجوز له الاقدام عليه حال ما ذكر قال والقصاص على الذي اكره
هذا ان كان القتل عمدا وهذا الذي ذكر قول ابي حنيفة ومحمد وهو قول الشافعي

وقال ابو يوسف عليه الدية وقال زفر القصاص على المكره وجه قولهم جاز فرفه القصاص
على المكره لان الاكراه شبيه بمنع صحة البيع فكان ملحقا من وجه بالمنصاص
للجنون فلا يلزم الوفاء به فلا يمنع البيع اذا حصل البيع الا ان وجه قول ابي حنيفة ان
الاكراه لا يبيح القتل فصار وجوده وعدمه سواء فصار كانه قتل غير اكراه وجه
قولهما على ما قال ابو يوسف انه حمل على قتل غيره وغلب على ظنه بما به فصار كما اذا خوفه سبعا
فضرب به وجه قول ابي يوسف ان المكره لما باشر القتل وانما نعلم سببا يودي الى
القتل فصار كحافر البئر وواضع الحجر فلا يلزمه القصاص ويلزمه الدية قال
وان اكرهه على طلاق امراته او عتق عبده فنعل وقع ما اكرهه عليه وقال الشافعي
لا يقع وفعل هذا النزوج لنا قوله عليه السلام لا قيلولة في الطلاق وقال عليه السلام ثلاث جدهن
وهزلهن جد الطلاق والعتاق واليمين ورد والنكاح والرجعة ولان فساد الاكراه
وان العقد غير راض بحكمه فصار كشرط الخيار وكالعزل قال ويرجع
على الذي اكرهه بقيمة العبد وذلك اذا تلف ملكه غيره على طريق التعدي فلزمه
اصل الضمان ولان المكره يستعمل المكره فيما يجوز ان فعله الانسان لغيره فصار كالمكره
عليه الماء ويستوي في هذا الضمان المباشر والامر لان الامر لا يزيد على حكم المباشر للاتلاف
وذكر الخلاف ويكون الولاء للمولى ولا سعاية على العبد لان العتق وقع من جهة
المولى ولا حق لاحد فيه فصار كالخيار قال وينصف مهر المراة ان كان قبل
الدخول وذلك لان المكره قدر عليه فما كان يجوز ان تخلص منه وهو ان تحمل
الفرقة بسبب من جهة المراة فصار كانه اخذ ذلك المقدار من ماله واتلفه
واما اذا كان بعد الدخول فالضمان على المكره لان المهر قد استقر على الزوج

فاذا فعل لم يكن كفه كفارة المبتدئ ومن اخبر عن كفر سابق بانت منه امراته لان الحكم
لم يتبين فيما بينه وبين الله تعالى لانه لم يعتقد الكفر ولو قال قد ظهر عني انه قال
كفرت بالله اربد به الخبر عما مضى فقلت كذلك كفرت بالله اربد ما طلب صبي
ولم اربد به الخبر عما مضى بانت امراته في القضاء فيما بينه وبين الله تعالى وذلك لانها
اضافت الخبر عما كان يعتقد رعلى التباس من الضرر فيما اظهر كلمة الكفر فما الحق
وهو غني عنه صار كما لو نوى باظهار كلمة الكفر انه لم يعتقد الكفر والكفر
انما يكون بالاعتقاد فيما له ما قدر على ترك اظهار الكفر فاظهر من غير اعتقاد
والاقرار صار كالهازل بالكفر تبين امراته ولو قال ان ذلك لم يخطر ببالي فكفرت كفرا
مستقبلا من غير اخبار عما مضى وقلبي مطمئن بالايمان لم تبن امراته لانه اظهر ما
اكره عليه من الكفر لا بصيرته كما اذا وعلى هذا قالوا له لتصلين لهذا الصليب
فقام فصلى خطر بباله ان يصلي لله تعالى وهو مستقبل او غير مستقبل لم يسعه له
ان ينوي الصلوة لله تعالى وان نوى ذلك بانت امراته في القضاء ولم تبن فيما بينه وبين الله تعالى لانه فعل غير ما اكره عليه وان صلى للصليب ولم يصل لله تعالى وقد
خطر بباله ذلك فهو كاخبار عما مضى في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى وان لم يخطر على باله شيء
صلى للصليب وقلبه مطمئن بالايمان لم تبن امراته لانه فعل ما اكره عليه وعلى هذا
لو قالوا له لتشتمن محمدا فخطر بباله ان سب رجلا يسمى بهذا الاسم ففعل
فاخبر ذلك بانت امراته في الحكم لانه فعل ما اكره عليه ولم تبن فيما بينه وبين
الله تعالى لانه لم يقصد الكفر وان سب محمدا وقلبه مطمئن بالايمان لم تبن
امراته لانه فعل ذلك بالاكراه واذا اكرهه على اليمين وعلى النذر يلزمه لانه مما

قوله وجنده ولو اكرهه على الاذان لخشه فهو باطل لان الاذان يحتاج الصدق والكذب وانما عمل العبد حسن الظن بالمؤذن اذا كان مكرها لم يحسن الظن به

بقي الاعمال لا يلزمه لقوله الا ان يقول والله اعلم بالصواب

## كتاب السير

الجهاد واجب والدليل عليه وجوبه قوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة الآية وقال تعالى وقاتلوا ائمة الكفر الآية وقال النبي عليه السلام بني الاسلام على خمس وذكر الجهاد في جملتها قال رحمه الله الجهاد فرض على الكفاية اذا قام به البعض في موضع من الناس سقط عن الباقين وان لم يقم به احد أثم جميع الناس بتركه والاصل اذا كان النبي عليه السلام كان يخرج في السرايا ولا يخرج كل اهل البديه ولو كان الفرض على الاعيان لم يتركهم لان امر بالمعروف ونهي عن المنكر وذكر يكون واجبا على الكفاية ولان لو كان على الاعيان يخرج جميع الناس وقد طلب المصالح والمدارج فاذا لم يترك الجهاد وذكر لا يتحقق وقد حث النبي على الجهاد وروى ابن عباس عنه انه قال سبيل الله خير من الدنيا وما فيها وفي حديث ابي هريرة ان النبي عليه السلام قال مثل المجاهد في سبيل الله كمثل الصائم القائم الراكع والساجد لفاشيه

قال وقتال الكفار واجب وان لم يبدؤا بالقتال وقال الثوري لا يجب حتى يبدؤا بالقتال لنا وجه قوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم الآية ولان قتالهم لدوا وقد عرف ابتداؤهم بالقتال يوم بدر قاتلهم على وجه الدفع وهذا المعنى يوجد في حق المسلمين ويجب ان يكون بين قتال الكفار والمسلمين فرق وليس الا ان يحمل ابتداؤهم بالقتال ويجوز القتال في الاشهر الحرم وقال عطاء لا يجوز لنا قوله تعالى

قال الله المشركين لا يقاتلوهم حتى لا يكون فتنة وهو عام وروي ان عليا حاصر اهل الطائف في الحرم وهذا نوع من القتال ولانه امر بالمعروف ونهي عن المنكر فيجوز في الاشهر الحرم واما قوله فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين فهو منسوخ بقوله تعالى اقتلوا المشركين حيث الآية قال ويجب الجهاد على كل مسلم بالغ عاقل حر صحيح ولا عذر ولا امرأة ولا اعمى ولا مقعد ولا اقطع وذلك لان الجهاد فرض على الكفاية فاذا قام به فريق سقط فرضه عن الجميع وطاعة الوالدين فرض يكاد يحل فلا يترك لاجل ما ليس بفرض وقد روي ان النبي عليه السلام سئل اي العمل افضل فقال الصلوة لوقتها ثم بر الوالدين ثم الجهاد في سبيل الله وروي ان العباس بن مرداس جاء الى النبي عليه السلام وقال اريد الجهاد معك فقال النبي عليه السلام الكرام قال فالزم امك فان الجنة عند رجلها وروي ان رجلا قال للنبي عليه السلام جئت اجاهد معك وتركت ابوي يبكيان فقال عليه السلام ارجع فاضحكهما كما ابكيتهما واما العبد فلما بينا ان الفرض يسقط بقيام طائفة من الناس به ولا يتعين هو على العبد نحو المولى مقوم عليه اصله صلوة التطوع وذكر حق الزوج مقوم على المرأة فاذا سقط الفرض عنها بقيام بعض الناس به كان حق الزوج اولى ثم يجوز لها ان تخرج الا باذنه فلان يخرج العبد الا باذن سيده دنا ما الاعمى والزمن والمقعد فلكل واحد منهم عذر عن القتال والقتال انما يجب على من هو من اهل القتال

قال فان جاء العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع يخرج الرجل بغير اذن والمرأة بغير اذن زوجها والعبد بغير اذن المولى وذلك لان الفرض في هذه الحالة تعين والفرض اذا تعين تقدم على حق المولى وعلى حق

---



زوج اصله صلوة الفرض وقد روي ان ام سليم نذرت ان طهرت قالت مع النبي عليه السلام يوم خيبر فلما طهرت لم يحرم الناس عنه وقال ام عطية غزوت مع النبي عليه السلام سبع غزوات كنت اصلي لهم الطعام وكنت اداوي الجرحى واقوم على المرضى قال واذا دخل المسلمون دار الحرب حاصروا مدينة او حصنا دعوهم الى الاسلام لما روينا

يوم كفوا عنهم قاتلوهم وان امتنعوا دعوا الى اداء الجزية فان قبلوها منهم والا استعانوا بالله عليهم واصله ما ذكرنا من حديث سليمان بن بريدة عن ابيه قال كان النبي عليه السلام اذا بعث جيشا او سرية اوصى خاصة نفسه واوصى من معه من المسلمين خيرا وقال اغزوا باسم الله تعالى في سبيل الله قاتلوا من كفر بالله اغزوا ولا تغلوا ولا تغدروا ولا تقتلوا وليدا واذا لقيت عدوا من المشركين فادعهم الى ثلاث خلال فايتهن اجابوك اليها فاقبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم الى التحول من دارهم الى دار المهاجرين فان فعلوا فاخبرهم انهم كاعراب المسلمين يجري عليهم ما يجري على المسلمين ولا يكون لهم في الفيئ شيء الا ان يجاهدوا مع المسلمين فان ابوا فاسألهم اعطاء الجزية فان فعلوا فاقبل منهم وكف عنهم فان ابوا فاستعن بالله عليهم وقاتلهم واذا حاصرت اهل حصن فارادوك ان تنزلهم على حكم الله فلا تنزلهم على حكم الله فانك لا تدري ما حكم الله فيهم ولكن انزلهم على حكمك ثم اقضوا فيهم ما بدا لك وان سألوكم ذمة الله وذمة رسوله فلا تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله ولكن اعطوهم ذمتكم وذمة آبائكم ثم قوائمهم وتفسير هذا الخبر ان النبي عليه السلام انما اوصى امير الجيش لانه متى

ممن لم يكن منهم ان اجابوا الى الاسلام وقد دل على ذلك ايضا قوله تعالى فان تابوا
واقاموا الصلوة فخلوا سبيلهم وقوله تعالى فان انتهوا فلا عدوان الا على الظالمين
وقال النبي عليه السلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا
عصموا مني دماءهم واموالهم الا بحقها وقوله دعوهم الى التحول الى دار المهاجرين فان ابوا
فاخبرهم انهم يكونون كاعراب المسلمين الذين لا حق لهم في الفيء والغنيمة
بعد الخ ثم امرنا ان نعلموا ان ذلك كان لهم ما لم يتحولوا من ديارهم الى ديار
المهاجرين وحق المهاجرين هو ثبوت حقهم في الخمس والغنيمة واخبرنا ان
لم يفعلوا فذلك كانوا اعراب المسلمين الذين لا حق لهم في الفيء والغنيمة
فلم يحصل للمسلمين بهم قوة ولم يشتوا في الديوان قال فان قالوا استكثروا
بحضورهم القتال معنا من الاربعة الاخماس ثم اخبرنا ابو داود ذلك عن احمد ابن
اعطاهم الجزية فان فعلوا قبل منهم وكف عنهم وقد دل على ذلك قوله تعالى قاتلوا الذين
لا يؤمنون الى قوله حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون فجعل غاية القتال
ايتاء الجزية فاذا بذلوها قام ذلك مقام الاسلام في عقد دمائهم واموالهم وهذا
يدل ان النبي عليه السلام انما نفى من يقبل منه الجزية لان عجزه الا ان لا يقبل منهم الجزية
فلا معنى لدعائهم الى ذلك ثم امر بقتالهم اذا ابوا ذلك لانا اعذر اليهم فان قاتلوا
عاديناهم ونستعين بالله عليهم ثم منع ان نتولاهم على احكام الله اذا ظلموا وقال
ابو حنيفة يجوز ان نتولاهم على احكام الله تعالى لان الاحكام قد استقرت وعرفت وانما امر
النبي عليه السلام بذلك في زمان لم تكن الاحكام قد استقرت فلا يوجد حكم يرجع
فيه ما تعاقدوا عليه فاما الان فقد استقرت فامن ذلك وقال محمد لا يجوز ذلك

لان من امكنه تعلم الاجتهاد وهم لا يعرفون ذلك وانما يعرفون النص لو علموا الا
يجتهد فيهم لم يفعلوا ثم منع ان يعطيهم ذمة الله تعالى وذمة رسوله اذا طلبوا
لان المسلمين قد يضطرون الى تركهم الوفاء والغدر حرام لكن اذا احصل ذمة
الامان بكل ما يسمى من الغدر بذمة الله تعالى واحتكم امر هم بالوفاء وهو واجب
عليهم ما استطاعوه وقد روى في حديث زيد بن علي عن ابيه عن علي بن ابي طالب
قال كان نبي الله اذا بعث جيشا من المسلمين قال نظلوا باسم الله وفي سبيل الله
وعلى ملة رسول الله لا تقتلوا الشيوخ حتى تحتكم عليهم واذا دعوا القوم الى شهادة
ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله والاقرار بما جاء به من عند الله فان اجابوكم
فاقبلوا منهم وان ابوا الا ان يمنعوكم حربا واستعينوا بالله تعالى ولا تقتلوا وليدا
طفلا ولا امرأة ولا شيخا كبيرا ولا تغوروا عينا ولا تقطعوا شجرا الا شجرا
يضركم ولا تقتلوا بقرة ولا بهيمة ولا تغلوا ولا تغدروا واي رجل من ادناكم
واقلكم اشار الى رجل من المشركين فاومأ اليه باشارة فله الامان حتى يسمع
كلام الله فان تبعكم فاخوكم وان ابا فردوه الى مأمنه واستعينوا بالله ولا تعطوا
ذمة الله تعالى ولا ذمة فلان فان ذمتي ذمة الله والحق لذمة الله لان الله وهو سبحانه
خطاب عليه اعطوا القوم حقهم وفوا لهم وهذا الخبر في معنى الخبر المتقدم وفيه
زيادة قوله لا تقتلوا القوم حتى تحتكم عليهم يعني حتى ندعوهم لان الدعاء لا تكون
الا بعد الحكم وقال لا تقتلوا امرأة لان المرأة لا تجوز قتلها حتى تقاتل او
يكون ملكة فتقتل بتدبيرها جيش المشركين وقد روي ان النبي عليه السلام امر بامرأة
مقتولة فوقف عليها وقال ان هذه لا تقاتل وهذا نهي عن قتلها حالة الاقتال

فلا تقتل

الا ان يأذن من اصل القتال فاما شيخ الفاني فهو الذي لا يقدر القتال لا لكبر السن
ولا يكون من اهل القتال فيصير كالصبي وقد روي عن النبي عليه السلام انه رأى بدين الصمة وكان
قد اتت عليه مائة وعشرون سنة لانه اخرج يوم حنين حتى يستعين برأيه في الحرب
واشار عليهم بخير النساء العالية وابدا عليه فقتله النبي عليه السلام بذلك وقوله ولا
تغوروا عينا ولا تعقروا شجرا الا شجرا يضركم وهو الشجر الذي ينبه ويعين
عدوهم ويمنع القتال وما سوى ذلك فللمسلمين الخيار ان شاءوا قطعوا وان
شاءوا تركوا لقوله تعالى ما قطعتم من لينة الاية وروي ان النبي عليه السلام لما حظر في
النظير ان يقتل خيلهم وما صار الذليف دام يقطع كرومهم والمعنى فيه
ما فيه عن ذلك كان النبي عليه السلام قد علم ان المسلمين يغنمون ذلك فاراد بقطعه
حاصارهم قال ولا يجوز ان نقاتل من لم يبلغه دعوة الاسلام انما هو
ان ندعوه ويستحب ان يدعوا من بلغته الدعوة ولا يجب ذلك وان ابوا استعنا
بالله عليهم وحاربناهم وقد بينا جميع ذلك قال وينصبوا عليهم المناجيق
ويحرقوهم وارسلوا عليهم الماء وقطعوا الشجر وافسدوا زروعهم بذلك لان
النبي عليه السلام احرق بويره واصر امامه بالاحراق ولان في ذلك تفريق جمعهم وكسر
شوكتهم بنار كما دون انواع القتال قال ولا بأس برميهم وان كان فيهم مسلمون
اسراء او تجار وقد روي عن الحسن بن زياد انه قال لا يجوز رمي من فيهم مسلمون
او تجار ولا هدمه عليهم وعندنا يجوز جميع ذلك لان قتال الواجب لا يمنعه ذلك
اذا كان فيهم من لا يجوز قتله كما لو تترس الكفار بالصبيان ونساءهم وقد قال الحسن
ان قتال الباغي جوز وتركه وقتل المسلم لا يجوز الا قولهم عليه فاذا الجيش لحظوه الباغي

فلا يحظر

فان تترسوا بصبيان المسلمين او الاسرى لم يكفوا عن رميهم وقال الشافعي اذا تعطلوا
وكان في تعطيلهم ان يدخلوا الروم فانه يجوز الرمي ويقال للرامي اجتهد في اصابة
المشرك وتجنب المسلم لنا انه قتال واجب فلا يمنع منه المشرك من المجوز قتله
كما لو تترسوا بصبيانهم ولانا لو لم يتبعهم لاعادوا ذكرا ذي ذكرنا من عادة
وهذا اعز منه لان في تركهم لا خلو امن مسلم او مالي او هذا فهو ساقط
بالاجماع قال ويقصدون بالرمي الكفار لان المسلم لا يجوز اعتماد قتله
لوجوب ان يقصد من يجوز رميه مع رميه فان رمى هذا القاصد فاصاب مسلما
فقتله فلا كفارة عليه ولا دية وبه قال الحسن بن زياد وقال الحسن بن زياد عليه الكفارة
وهو والد به قول الشافعي وجه قوله انه رمى لحق مع العلم بالمانع الملجئ اليه فصار
كمن رمى قنة صف المشركين ولانا اجاب الضمان بترك القتال وما رمى ذلك
فيه ساقط وجه قول الحسن انه اباح له الرمي بشرط الا يعتمد المسلم فاذا اصاب
به مسلما فقد عمد المعنى الخطأ وكمن قصد عرض فاصاب انسانا فاذا اصاب فقد تعلق
بالعمد والكفارة قلنا هذا يبطل اذا تترسوا بصبيانهم فاما اذا رمى عرضا
فاذا لوقوعه على ظنه انه يصيب احدا لم تحل له الرمي كذا اذا اشكل وليس كذلك
لانه مستحق الازالة له الرمي مع غلبة الظن باصابة المسلم فافترقا قال
ولا بأس باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين اذا كان عسكرا عظيما يؤمن
عليه وذكره اخراج ذلك نسبة الى من عليهم والاصل في ذلك ما روي عن النبي عليه السلام
قال لا تسافروا بالقرآن الى ارض العدو مخافة ان تناله ايديهم ولانهم يستخفون
به فمنع من السفر به لذلك وكذلك النساء ولانه لا يؤمن اذا قال الفضحي عليهم

فان كان عسكرا عظيما يومن معه ذلك جاز له والا فلا وقد قتل النبي عليه السلام اسارى
اناسا من ذكر انه ابتدأ الاسلام لفقد المحذور مخافة ان ينقطع عن ايدي الناس وقد
كثرت الاسارى وامتد ذلك فيما روى الطحاوي عن محمد عن ابي حنيفة لا باس بقتل
الذمي والحربي القرآن والفقه من غير خلاف والدليل على جوازه قوله تعالى وان
احد من المشركين استجارك الآية ومعلوم انه اذا سمع كلام الله ودعي الى
الاسلام ولم يجب فانه يستحق القتل لانه لا يمكن ان يعرف حقيقة ما دعي اليه
ان النبي عليه السلام كتب الى هرقل يدعوه الى الاسلام فلما قرأ الكتاب قال لاهل مجلسه الا
ترون ما يدعوني اليه من الحكمة دعاهم ذلك الى الاسلام فجاز تعليمهم لذلك
والظاهر من مذاهبهم انهم لا يجوز ذلك لانهم يستحقون به فيمتنعون من
حفظه كما يمتنعون من شرب الخمر قال ولا تقاتل المرأة الا باذن
وجدوا ولا العبد الا باذن سيده لان في ذلك الى العدو وقد بيناه قال
ويتبع المسلمون ان لا يعذروا ولا يقتلوا ولا يسبوا ولا يقتلوا امرأة ولا
صبيا ولا شيخا فانيا ولا اعمى ولا مقعدا الا ان يكون احدهم ممن له رأي
في الحرب او يكون المرأة ملكة وقد بينا جميع ذلك ودليلنا عليه ما روت عائشة
ان الشيخ والاعمى والمقعد يقتلون وهذا لا يعرف لما ذكرناه وحديث رباح
عام لان هؤلاء لا يستعان بهم في القتال غالبا فلا يجوز قتلهم كالنساء وقد
اذا كان النبي عليه السلام رأى امرأة مقتولة فقال ما كانت هذه لتقاتل فنهى عن
قتل الا يقتل من قتل به وروي ان النبي عليه السلام انما نهى عن قتل المرأة
التي قتلت بشوكين قيل له هو
محمول على من يقاتل بالحرب فان قتل كيد لا يمنع من قتل الشاب فلا يمنع
من قتل الشيخ الفاني وعلة الردة قيل له حكم الردة اغلظ من الكفر الاصلي بدليل



بعد ان لا يقر عليه ويقتل المرأة فيه على اساء قال ولا يقتل الخنثى
وذلك لانه ليس بكامل فلا يعقل للحرب وان تاهب هو لان الرجال العقلاء
يقاتلونه وانما يقاتلون من قاتل او دل القتال ومن يجن ويفيق جنونه
كصحيح قال وان رأى الامام ان يصالح اهل الحرب او فريقا منهم وكان في
ذلك مصلحة للمسلمين فلا باس به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها
الآية ولان النبي عليه السلام صالح قريشا يوم الحديبية عشر سنين على ان
يرد اليهم من جاءه منهم مسلما ولم يرد اليه احدا منهم وكان ذلك جائزا
ولان في الصلح حقن الدماء وهو مطلوب شرعا قال ولا يجوز ان يصالحهم
على مال يعطونه لان في ذلك صغارا لهم وفي الجزية عز لنا وقد قال الله تعالى
حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ولان في المال المصالح عليه
تقوية لهم على المسلمين وربما يستعينون به على قتالنا قال ولا بأس
بأن يصالحهم على مال يؤدونه في كل سنة او شهر او عند كل رأس
لان ذلك جزية وقد بينا ان الجزية تجوز على هذه الوجوه قال ولا بأس
بأن يصالحهم على ان يرد عليهم من جاءه منهم مسلما لان ذلك لا يؤدي
الى فتنة في الدين وقد فعله النبي عليه السلام قال ولا بأس بأن يصالحهم
على ان يرد عليهم من جاءه منهم مسلما ان كان رجلا حرا

اغنيا وان كانوا فقراء ليس لهم ان ينفعوا به لانه لا يمكن ان يقسم ذكر من جماعة اهل العسكر فصار بمنزلة ما يوجد من اللقطة ولا يمكن ايصاله الى صاحبه فاذا انتفعوا به فكذلك بعد خروجهم الى دار الاسلام وهم اغنياء لزمهم ان يتصدقوا بقيمته ان كان بعد القسمة او ترد القيمة الى الغانمين فيقسم بينهم وان كان قبل القسمة ولم يتصدق به بعد القسمة وذلك لان ما تعلق به من حق الغانمين وكان مضمونا عليه والقيمة يقوم مقام العين حكما كما ان بهلاك العين كذلك يتعلق بالقيمة وقد قال الشافعي في جميع ذلك السلاح والدواب انهم يملكونه بالاخذ وفي الخز خلاف قولنا ومن اصحابنا من قال ينتفع بالقليل وبرد الكثير لما ما قدمنا من الاخبار وعن ابن عباس وابن عمر انه ينتفع بالطعام والعلف فان خرج منه شيء تصدق به ولا يجوز له بيعه ولان الاباحة في الانتفاع به للحاجة والاباحة اذا تعلقت بشرط زال بزواله فان قبل ما جاز الانتفاع به في دار الحرب جاز في دار الاسلام كالو اشتراه منهم قيل له اذا اشتراه فقد ملكه فينتفع بملكه حيث شاء وهاهنا ليس له الانتفاع به من غير ملك فافترقا

قال ﴿ ومن اسلم من اهل الحرب باسلامه نفسه واولاده الصغار وما في يده من مال حربي او وديعة في يد مسلم او ذمي هو الذي ذكر صحيح اذا اسلم في دار الحرب ثم خرج الينا ثم غلبنا على الدار واسترقنا واحرز الدار وما فيها وذلك لان ما في يده من المال صار محرزا باسلامه واولاده الصغار صاروا مسلمين بسلامة والده في يد مسلم او ذمي محرز لانه في يد صحيحة فكانه في يده فلا يثبت في شيء من ذلك حكم الفيء واما اولاده الكبار فلا يصيرون مسلمين باسلامه فيقون على حكم الحرب وكذلك زوجته لا تصير مسلمة باسلامه وحملها جزء منها فيثبت في جميع ذلك حكم الفيء وكذلك حاله من المال وما في يد الحربي ضمني لانه ليس في يده صحيحة فما يشتري محرزا بالاسلام فاذا دخل دار الاسلام بامان ثم اسلم في دار الاسلام فان اولاده الصغار الذين في دار الحرب في لا يصيرون مسلمين باسلامه لانهم الان الدار فقد ذكرنا ما يوالده في دار الحرب خارجة عن يده لانهم الذين في الحظيرة والحظيرة ما يزول الجيار واما عقاره وارضه فهي في جميع الاحوال عند ابي حنيفة لانها من جملة دار الحرب فلا يتعدى حكم الفيء فيها والان من اصل ابي حنيفة ان اليد لا يثبت على العقار ثبوتا صحيحا فصار كما في يد مودع وعند ابي يوسف يحرز عقاره كما يحرز نفسه وماله في الوجهين الاولين استحسانا وجه قول محمد الاول ان من اصله ان اليد يثبت على العقار ثبوتا صحيحا فصار كسائر الاموال وقال الشافعي ان عقاره وماله في يد الحربي يكون ابتداله وهذا لا يصح لان مال الحربي على اصل الاباحة والمباحات لا تملك الا بالاحراز واصله الصيد الكلام ما في يده فلم يحرزه وبقي على اصل الاباحة وما في يد الحربي من الودائع لم يحرزه ايضا يد صحيحة فصار بمنزلة ما هو في دار الحرب لا في يد احد فان قيل ان هذا المال مسلم فلا يجوز ان يغنم اصله ما في يده قيل له ما في يده صار حصلت فيه الخيارة فزالت الاباحة وهاهنا لم تحصل فيه خيارة فبقي على اصل الاباحة فان قيل بطل بما في يده من العقار قيل له لا يتصور الخيارة في ذلك

قال ﴿ واذا اسلم رجل في دار الحرب فقتله رجل مسلم خطأ فليس عليه الا الكفارة في قول ابي حنيفة ومحمد وعزاه يوسف ان عليه الدية ايضا

وجه قولها قوله عليه السلام ابرأ من كل مسلم اقام بين اظهر اهل الشرك وبراءة منه بمنزلة تقوم ذمته ولانه لم تحرز ذمة بالدار فصار كالحربي ووجه قول ابي يوسف انه محقون الدم لاجل اسلامه وكونه في دار الحرب لا يسقط تقوم ذمته كالذي لا يشبه قبل مباشرة حفر البئر لان حفر البئر سبب فيه يتعدى فيه التعدي ولم يوجد حفره في دار الحرب تعذر ظهور حكم حفره في ملكه في دار الاسلام

قال ﴿ وان ظهرنا على الدار فكفارة في دمه زوجته وحملها في اولاده الكبار في قولهما ذكر

قال ﴿ ولا ينبغي ان يباع السلاح من اهل الحرب ولا يحمل اليهم وذلك لما روي ان النبي عليه السلام نهى عن بيع السلاح من اهل الحرب وقد نص على الحمل اليهم ولان في بيعه تقويه لهم وسعونه على اهل الحرب وقد نهينا عن ذلك

قال ﴿ ولا بأس بدون السري عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يفادى السري المسلمين في قول الشافعي وجه قول ابي حنيفة فاذا السلاح الا شهر من المسلمين رجلين من المشركين وهذا يبقي جواز المفاداة وقد تأولت هذه الآية على الاسرى بدليل قوله تعالى فان ثابوا واقاموا الصلوة الآية ولان في ذلك اعانة للكفار بما يختص بالقتال فوجب ان لا يجوز له كما لا يجوز له اصداد هم باهل الذمة وبيع السلاح منهم ووجه قولهما ما روي عمران بن الحصين ان النبي عليه السلام فادى رجلين من المسلمين برجلين من المشركين فلما هذا كان في الوقت الذي كان يجوز رد اللقاء اليهم بغير شيء فقد كان النبي عليه السلام باع سمير ابن عمرو ان برد من جاء مسلما فاذا جاز رد المسلم فرد الكافر اولى فان قيل فيه تخليص مسلم من الاسر فصار كتخليصه من الاسر بالمال قيل له لا معنى فيه في تخليصه بالمال ونكتفي

الغنيمة بيع امانه لان المشرع بعقد الامان في حق نفسه لانه يملك التصرف فاذا ثبت
حق نفسه وهو لا يتعدى ثبت في حق المسلمين من طريق الملك كاحد الشركاء في
العبد اذا اعتقا والعبد يعقد في حق غيره من غير دليل انه لا يسع كل
الغنايم في القتال فدل على ان له حق في هذا العقد والعاقد في حق غيره من
غير ولايه ولا اذن لا ينفذ عقده ولا يلزم المراة لان المانع من الاسترقاق
ان لا يقع بقاؤها فلا يلزم الاسير لان عقده لا ينفذ لاجل التهمة كما اذا
اذا عقد مع النفس ولانه معنى يوجب اسقاط حق الاسترقاق فلا يملكه
العبد بنفسه اصله العتق وجه قولها ما روي عن علي رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال
ويسعى بذمتهم ادناهم والمراد به العبد هكذا فسره ابو عبيد الجوهري
ان الخبر لا يشاول العبد لانه قال ولهم يد على من سواهم والعبد لا يد له على غيره
وقال تكافا دماؤهم ودم العبد لا يكافي دم الحر عندنا لان دمه
لا يكافي دية الحر والخبر يقتضي اداء الاحرار دم الموالي ومن قبله عشيرته وبيان
هذا ورد على اهل الجاهلية لما كانوا لا يعدون اجارة من لا عشيرة له فاما اقوال
ابي عبيد وانا هو حجة في اللغة اذا حكاها فاما الاحكام فلا كما الحق الشافعي
فان قيل يعتقد الامان فوجب ان يصح منه الامان كالحر قيل له شهود الايمان لا يدل
على صحة الامان بدليل سائر عقوده والمعنى في الحر انه يصح عقوده من جميع العقد
واسقاط القتل فصار كاسقاط القتل عن الحربي والعبد بخلافه واما اذا اذن
له مولاه في القتال فقد صار من اهل القتال بالاذن فيصح امانه فان قيل الاذن
جواز الامان ان كان الموالي ولانه على صفة يصح امانه قبل الاذن والجهاد

وعلى اهل الجزية فان كذلك وراي الامام ان لم كسلا شاء اجاز ان فعله
او كرا لابية الراشدين لان اهلها اعرف بحالها وادفع لفسادها اجروا
فان اقرارهم على ما هم عليها اولى وانما حكم الاسترقاق بتقديمها جواز قتلهم
ثم اما ان يقاتلوا او يتركوا وذمة المسلمين كما روينا ان اصحاب رسول
الله صلى الله عليه وسلم فتحوا العراق والشام واقروا اهلها عليها بالجزية ولان اذا اباحوا فضمنهم
جاز ان يضع على ما يتجب عليهم كما يتزل الارض لما يلزمها من الخراج ولا يجوز
رد هم الى دار الحرب لان فيه معونة لهم وتقوية بالعود الى القتال وذلك لا يجوز
كما لا يجوز رد السلاح اليهم قال ش واذا اراد العود وبعه الماشية فما
يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها وحرقها وقال الشافعي لا يحل له عقرها لما
انه مال لاهل الحرب يجوز اكله فجاز اتلافه بغير الاكل اصله الطعام ولان الذبح
يجوز للاكل واجل الجلد وهذا منفعة مقصودة والانتفاع بها دون الاكل
فاما وكان في الذبح فان قيل روى ان النبي عليه السلام نهى عن ذبح الحيوان الا
لما كل قيل له انما ذكر الاكل وهو عرض صحيح فكان تنبيها على جواز الذبح لكل عرض
صحيح وقيد الكفار وحسما لباب الضرر عن اكثر الاعراض فان قيل روى
ظاهر ذبحه لما يظنه الكفار اهله صبيانهم قيل له الذبح عندنا انما هو لمنفعة
المسلمين وفي ذبح الضرر عنهم فاما ان يكون الظاهر فلا اعتبار في الصبيان
لاستغنائهم في القتال غالبا والدواب بخلافه ذلك واذا ثبت انها تذبح فانها
تحرق بعد الذبح ولا يتركها تعفن على المشركين لانتفاعهم بلحمها وجلدها
قال ش ولا يعقرها ولا يتركها اما العقر فلانه مثله وقد نهى النبي عليه السلام

من الشاة واما تركها فلا يجوز لان فيه قوة للمشركين وعون لهم على القتال وذلك
لا هذا الحيوان ممنوع قال ش ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها
الى دار الاسلام وهذا هو المشهور عنهم وقال ابو يوسف ان قسمت في دار الحرب
جاز واحب ان يخرج الى دار الاسلام فيقسم وقال الشافعي يجوز قسمتها في
دار الحرب وجه قوله ان النبي عليه السلام قسم غنائم بدر بالجعرانة والجواز اقسمها
قبل ان يخرجها الا بوضع الغانمين لان الخروج لا يجوز ناجيزه مع امكانه
الا بانتهاء وروي جبير بن مطعم ان النبي عليه السلام صدر يوم خيبر وهو بالجحفة
سأله انسان عن شيء فاتبعه من يخبره فضحك ابو داود حتى بدت نواجذه فقال عليه السلام
ردوا علي رداي لخافون الا اقسم بينكم ما افاء الله عليكم والذي نفسي بيده لو ان
الله عليكم مثل سلمين عجاله لقسمته فيكم ثم لا يجدوني بخيلا ولا جبانا ولا كذابا
فلما نزل قام في الناس فقال ردوا المخيط والخياط فان الغلول نار وعار وشنار
على اهله يوم القيامة ثم قام اليه رجل باسود شديد الادمة اخذ برة من بعير فقال
والذي نفسي بيده ما لي من هذا الفيء شيء وانا اخذ برة من بعير فقال
عليه السلام اما ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لك ولا منزعه الا الخمس والخمس مردود
عليكم فاخرج عنهم القسمة مع المطالبة فلو جاز لم يؤخر لان الغنائم استحقت
للغانمين فيها بالاجماع بدليل جواز الانتفاع بالطعام والقسمة لا تجوز لانها
مستدركة لكل الوقف ولانها تؤدي الى اسقاط حق الورثة وفي ذلك مضرة على المسلمين
ومن اكد عليهم اجلا اخير المدد فان قيل روي ان النبي عليه السلام قسم غنائم خيبر
بخيبر وغنائم بني المصطلق بمياه قيل له ذكر الواقدي فتحه وصارت من دار الاسلام
والقسمة فيها جائزة القسمة في المدينة فان قيل كل موضع يجوز الانتفاع بجميع
فتسام

والعسكر في دار الاسلام قبل احراز دار الاسلام فقضى لهم انها تكون غنيمة لهم لان الغرب عود دارا فاذا اوجدوه كذلك فقد امن عوده الى القهر فصار كما لو ان العسكر وجد اموال الغنيمة في دار واما اذا انقضت الحرب بدار الحرب ثم عادوا اليها بعد ما احرزها العدو غيرهم فانه لا يملكها لان قالم عن اموالهم وبيوتهم اذا غاب واذا لم يوجد في الغالب والشرع قد حضرة حالة الحاجة اليه فصار كما لو حضر وقت القتال وقد قال ﷺ اصحابنا ان مدة لا يتوطن الانسان في معانيها احدها ان يخرج المسلمون الغنيمة الى دار الاسلام لان حقهم قد استقر فيها بالحيازة ولهذا من مات منهم انتقل سهمه الى ورثته واذا استقر الحق بطلت المشاركة والثاني ان يقسم الامام الغنائم في دار الحرب ثم يلحقهم المدد لانهم قد ملكوها بالقسمة واستقر حقهم فيها فهو كما لو مات احدهم والثالث ان يبيع الامام الغنيمة في دار الحرب فلا يشاركهم المدد لانهم بالبيع قد قدروا ملك الغانمين فيها بدليل ان البيع لا يجوز الا على ملك مستقر واذا لم يشاركهم لم يشركه فيه غيرهم قال ﷺ والاحق لاهل سوق العسكر في الغنيمة الا ان يقاتلوا وقال الشافعي في احد قوليه يسهم لهم والقول الاخر مثل قولنا لانهم حضروا القتال ولا وجد منه القتال فلا يستحق شيئا كالجبان ولنا ان وضع السير وكالتجار ولان حال التجر في الجهاد انقص من حال المقاتلة لانه قصد التجارة لا القتال وقد قال ﷺ حكم الامور بالنيات ولكل امرئ ما نوى واذا اختلفت حاله وجب ان لا يساوي المجاهد بن كالمرأة والصبي فان قيل قال النبي عليه السلام الغنيمة لمن شهد الوقعة قيل له المراد به من شهدها قصد القتال الكفار

جميع المشركين بمعصية فلا يجوز نفعا كتخليص المسلم والمشهور من مذهب اصحابنا انه لا يجوز مفاداته بالمال وذكر محمد في السير الكبير انه لا بأس به اذا كان بالمسلمين حاجة وضرورة الى المال وجه قوله ان الضرورة تخليه لاسير من الانتفاع بالمال ولانه معصية فلا يجوز استباحتها لاجل المال كما لو تعاطى وجه قول محمد ان النبي عليه السلام فادى العباس يوم بدر بمال فلما سوى براءة من الخمر ما انزل وكذلك روي عن ابن عباس انه قوله تعالى اقتلوا المشركين نزلت بعد قوله تعالى فاما منا بعد واما فداء وقد ثبت هذا التاريخ بقول اصحاب ومن اصله القوم اذا جرى على الخصوص يتخيره وقد قال ابو يوسف للفادة الاسير ان يجوز بعد القسمة وقال محمد يجوز وجه قول ابي يوسف ان بعد القسمة قد سقط عنهم القتل واستقر منهم الرق وصاروا من اهل دارنا فلا يجوز بالصفا كما لو اسلموا من اهل دارنا واما قبل القسمة فهم عامة الحرب الا ترى ان الامام ان يقتلهم وجه قول محمد ان حق الاسر فائت متعلق بهم قبل القسمة ولا ينتهي من الفادة كذلك بعدها وقال ﷺ محمد لو طلب المشركون رجلا من اسراهم ان يعطوا بدله رجلا مسلما او رجلين لم يجز لانهم لم يطيقوا ذلك الا ان منفعته لهم ولا غرض لنا في ايصال منفعته اليهم ولعلها منفعة تعود الى الحرب قال ﷺ ولا يجوز المن عليهم وقال الشافعي لا بأس بذلك لان الامام لما خيره الله تعالى بقتل المشركين دل ان الامر لنا جعل في ايدينا حفوق الاسترقاق ولا يجوز اسقاط حق المسلمين عنه كما لا يجوز اسقاط حقهم عن المال ولانا رددهم اعانه لاهل الحرب بانحصر القتال فصار كرد السلاح البيع

فان قيل روي ان النبي عليه السلام من على ابن عمرو الشاعر يوم بدر قيل له اذ ذاك كان يجوز ان يرد اليهم مرتدا مسلما فمن كان كافرا اولى وقد نسخ ذلك بقوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وقد قال ﷺ اصحابنا رحمهم الله ان للامام ان يقتلوا او يسترقوا والدليل على جواز قتلهم ان النبي عليه السلام قتل عقبة بن ابي معيط يوم بدر ومن علي ابي عزة الشاعر على ان لا يقاتله فرجع الى مكة ورجع يوم احد فاسر فقتله النبي عليه السلام والدليل على جواز قسمتهم ان الكفار يجوز استرقاقهم اذا لم يكونوا من عبدة الاوثان من العرب فاي ذلك رأى فعله فيقسم كما يقسم سائر الاموال ومن قتل الاسير قبل القسمة لا شيء عليه لانه مستحق القتل واذا قسم حرمت دماؤهم لان الرق قد استقر فيهم وكذلك ان اسلم الاسير حرم دمه وفيء الغنيمة لان القتل عقوبة على الكفر فيرتفع بالاسلام والاسلام لا ينفي الاسترقاق وقد كان الامام بالخيار بين القتل والاسترقاق فاذا سقط احد الخيارين بقي الاخر قال ﷺ واذا فتح الامام بلدا عنوة فهو بالخيار ان شاء قسمه بين المسلمين وان شاء اقر اهله عليه ووضع عليهم الخراج وهو الاسري بالخيار ان شاء قتلهم وان شاء استرقهم وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين ولا يجوز ان يردهم الى دار الحرب اما جواز القسمة فلما روي ان النبي عليه السلام قسم خيبر بين الغانمين ولان الارض مال مغنوم فجاز قسمتها كسائر الاموال فاما جواز اقرار اهله عليه فلان النبي عليه السلام ترك ما بيدهم فلم يقسمها وفتح النبي عليه السلام بني قريظة وبني النظير ثم يقسم شيئا منها وافتتح السلف ارض العراق والشام فلم يقسمها اصحاب رسول الله وضعوا عليها الخراج



ان لا اذن المولى لان عقد الامان ترك القتال والاذن في الفعل لا يكون اذنا في الاقالة والاذن في قبض الدين لا يكون اذنا في البراءة فقيل له العبد من اهل القتال لانه يمنعه منه فاذا اذن المولى سقط حقه بالاذن فجاز له الامان لا بالاذن لكن بالسلامة تبين ذلك ان الكافر اذا اذن له في الامان القتال لم يصح امانه لان الاسلام لا يتم بالاذن بل بالاقدام على موضع الاقدام والاحجام على موضع الاحجام اذا كان فيه مصلحة والامان ضرب من الاحجام عن القتال وعلى انه لا يمتنع ان يستفاد بالاذن في القتال الامان وان خالفه كما ان المولى يأذن لعبده في التجارة ومقصوده الاكتساب ويجوز اقراره العبد بالدين فيه ابطال الاكتساب والوكيل بالشراء يرد بالعيب هو ضد التوكيل الماذون فيه قال ﷺ واذا غلب الترك على الروم فسبوهم وغنموا اخذوا اموالهم ملكوها لان مال الحربي على اصل الاباحة والمباح يملكه من اخذه ولما روي ان المغيرة بن شعبة خرج في بعض الطريق وقطع واخذ مالهم فخلها النبي عليه السلام لبسوا ما استغلوه في بعض الطريق وقطع واخذ مالهم فخلها النبي عليه السلام فقال عليه السلام اما الاسلام فقد قبلناه واما المال فما لا عذر لاحد لنا فيه ولم يأمر برده على ورثتهم قال ﷺ فان غلبنا على الروم حتى اخذنا ما اخذوه من ذراريهم ثم قد ملكوه فصار كالمال الاصلي قال ﷺ فان غلبوا على اموالنا فاحرزوها بدارهم ملكوها وقال الشافعي لا يملكونها لما روي تميم بن طرفة ان رجلا اعار له العدو بعيرا فاشتراه منهم رجل فجاء به فعرفه صاحبه وخاصمه الى النبي عليه السلام فقال له ان شئت اعطيته ثمنه الذي اشتراه به وهو لك

والاصل قوله لما رواه ابن عباس ان رجلا وجد بعيره المكان المسلمون اصابوه قبل ان يقسم فلصاحبه وان اصابه بعد القسمة حذاه بالقيمة وروي عن عمر وعلي وابن عباس وزيد بن ثابت رضي الله عنهم مثل قولنا ولان الخيارة والغلبة سبب للملك يعود الى ضمان دعي جاز ان تملكه على الصبي كالشري ولان كل واحد من الجيشين يملك حصة صاحبه بالقهر والغلبة فان القهري تملك حقيقة كالاصلي اصله الشركة والدين فان قيل روي عن عمران بن الحصين انه قال سبيت امرأة من الانصار فكان اذا نام النبي عليه السلام قامت فلما ذكرت المرأة ذات ليلة من الاتعاب فجعلت كلما اتت بعيرا فمسته رغا فتركته حتى اتت الناقة فمسها فلم ترغ فقصرت على عجزها ثم صلت جافا تطلقت وطلبت من ليلها فلم تقدر عليها فحفت انه عليها ان جاءها الله ان تخرها ثم اتوا النبي عليه السلام فاخبروه فقال بسما جازتها لا نذر في معصية ولا نذر فيما لا يملكه ابن آدم واخذ ناقته ولم يملكها بالقهر لكنها امرأة عليه ولفح نذرها قيل له عندنا انهم يملكون بالغلبة والخيارة اي الخارج ولا نعلم انهم بلغوا ما حازوا الى دارهم وحكاية الفعل اذا احتمل سقط وهذا هو الظاهر الا ترى انهم لو حملوا الى دارهم لتعذر على المرأة فان قيل ضعف ظهور فلا يملكه اصله اذا غصب المسلم من المسلم قبل له يطل بالمسلم اذا دخل اليهم ابان فانه اموالهم غصبا ولان اصحاب الحقوق يجوز ان تملك بها الملك كالمشتري في يوم اخيه وكالبيع عند اذان الجمعة وفي الاتي جارية الابن قال ش فان ظهر عليها المسلمون فان وجدوها قبل القسمة فهي لهم بغير شيء وان وجدوها بعد القسمة اخذوها بالقيمة

ان جبوا وقال الشافعي يوخذ بالوجهين بغير شيء دليلنا ما روي ابن عباس ان رجلا وجد بعيرا له اصابه المسلمون فقال له النبي عليه السلام ان اصبته قبل القسمة فهو لك وان وجدته بعد القسمة اخذ بالقيمة ولان حق الرد مستحق فاذا وجده قبل القسمة فقد حصل له بغير عوض والرد مستحق عليه فلزم الدفع لتستحق واما بعد القسمة فقد حصل له بعوض وهو نصيبه من الغنم الذي سلم للغانمين ولم يستحق عليه بذل المال في الرد وانما يستحق عليه الرد فلذلك وجب عليه ان يغرم له العوض الذي ليس بمستحق واما الشافعي فمبني على اصله ان لا يملك عليهم اهل الحرب اموالنا بالغلبة فيكون باقيا على ملك صاحبه فياخذه بغير شيء قال ش واذا دخل الى دار الحرب تاجرا فاشتري ذلك واخرجه الى دار الاسلام فصاحبه الاول بالخيار ان شاء اخذه بالثمن الذي اشتراه التاجر به وان شاء ترك وذلك لانه يسلم له بعوض والرد مستحق عليه وبذل العوض ليس بمستحق فلذلك رجع بالبعوض قال ش ولا يملك اهل الحرب بالغلبة صدورنا واماتنا اولادنا ومكاتبينا واحرارنا فاهل علينا جميع ذلك وذلك لان ما لا يملك بعضنا على بعض لا يملكه اهل الحرب بالغلبة كاحرارنا فان قيل لما ملكنا عليهم بالغلبة لم نخاطبهم باحرارهم وعبيدهم ومدبريهم كذلك يجب ان يكونوا ملكوا علينا قيل له لما جاز ان يملك بعضهم بعضا بالغلبة وان كان حراجاز ان يملك ذلك عليهم وكما لم يملكنا احرارنا لم يملكوهم علينا قال ش واذا ابق عبد مسلم فدخل البيع فاخذوه لم يملكوه عند ابي حنيفة وان بيع البيع فاخذوه ملكوه وقال ابو يوسف ومحمد يملكون العبد

ايضا وجه قول ابي حنيفة ان العبد ما دام في دار الاسلام فحكم يده الدوام ثابت عليه لما ان الوجه لا يبطل بالاباق بخلاف ما اذا فارق دار الاسلام الى دار الحرب وهذا لان يد المولى لا تسقط بالاباق ثبوت يده في دار اخرى ولهذا الوجه لا يبطل بالصغير لم يجز ان يحصل بدخوله دار الحرب ولهما ان العبد بمفارقته دار الاسلام فقد اخرجه من يد مالكه وهي يد لا يتعلق بها الحكم التمليك فصار كما لو اشتري من العبد او استوهب وجه قوله ان العبد مال يجوز تملكه فصار كالبعير اذا ند اليهم للمولى ان يدعي الملك فيه بالبينة وان زال الملك عن البعير لم يكن له يد في نفسها كانت اول يد سبقت اليها يد المسلم وهي يد الكافر فجاز ان يملكوها والعبد له يد في نفسه على ما قلناه ثم ينتقل الى يد هم مزيد لا يتعلق بها التملك فلا يملكوه قال ش واذا لم يكن للامام حمولة حمل على الغانم فسهامهم الغانمين قسمة ايداع ليحملوها الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم ويقسمها وذكر ما بينا ان الغنيمة لا تجوز قسمتها في دار الحرب ولم يكن بد من نقلها الى دار الاسلام فاذا لم يوجدوا ما يحمل عليه كلف الغانمين حملها لان نقل المنقول ممكن فيفعل لحقهم قال ش ولا يجوز بيع الغانم في دار الحرب قبل القسمة وجملة ذلك ان حق الغانمين ثبت في الغنيمة بالاخذ ويستقر بالحيازة الى دار الاسلام ويملكها بالقسمة والدليل على انه لا يستقر قبل الحيازة ان المدد لو لحقهم شاركهم وهذا يمنع من استقرار حقهم فاذا احرزوا الى دار الاسلام انقطع حق المدد فيه فاستقر حقهم ولم يملكوا بعد لان الامام له تخيير الغنيمة الا ترى انه يجوز ان يقرع على الكل بالجزية وان يسترق بحسب ما يرى من الصلاح

جواز التصرف فيمن ملكهم واذا ثبت ان الملك للغانمين لم يحصل قبل القسمة لم يجز بيع فيما هو غير مملوك له قال ش ومن مات من الغانمين في دار الحرب فلا حق له في الغنيمة وقال الشافعي اذا مات بعد نقض الحرب حقه ورثته لما روي عن علي رضي الله عنه قال فيمن مات من الغانمين قبل احراز الغنيمة دار الاسلام فلا شيء له ولان ما يحتاج الى التجارة بالعلف والطعام يصار الى موته قبل نقض الحرب فان قبل لو مات بعد قسمة الغنيمة ورث فاذا مات قبلها وجب ان يورث اصله اذا قسمت في دار الاسلام قبل له اذا قسمت فقد تعين سهم الغانمين فيها وملكوها فينتقلها الميراث قبل القسمة لم يتعين حق ولا حصل لها في دار الاسلام فصار كما لو انتقل قال ش ومن زاد منهم دابة احضرها الى دار الاسلام فنصيبه لورثته وذلك لان حقهم قد استقر بالحيازة والحق المستقر الذي فيها معنى المال فينتقل الى الوارث كالرد بالعيب واذا انتقل الحق الى الوارث قام مقام المحيث عند القسمة قال ش ولا بأس بان ينفل الامام في حال القتال ويكره بالنفل على القتال فيقول من قتل قتيلا فله سلبه او يقول للسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس والدليل على جواز ذلك قوله تعالى يا ايها النبي حرض المؤمنين على القتال فقد يكون التحريض بمعنى النفل فدل الظاهر على جوازه وقد روي ان النبي عليه السلام نفل يوم بدر ومن قتل قتيلا فله سلبه ومن اخذ شيئا فهو له ولان الشجعان يرغبون في النفل فيحاطرون بانفسهم وفي ذلك مصلحة للمسلمين وما عاد الى مصلحة المسلمين فهو جايز ثم بين بعد انواع النفل فمنها ان يقول من قتل قتيلا

قوله سلبه ويقول السرية لكم الربع ومعناه ان لكم ربع الغنيمة بعد اخراج الخمس
ينفردون بذلك دون سائر الغانمين قال ﷺ ولا ينفل تجاوز الغانمين
الغنيمة الا من الخمس لان الاحرار تتعلق به حوائجهم وثبت فيه قال
اي سقط حق بعضهم عنها وقيل الاحرار حقهم غير ثابت فجاز ان يسقط اما
فليس للغانمين فيه حق وامر الامام نافذ فيتفل منه قال ﷺ واذا جعل
السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره فيه سواء قال الشافعي
اذا قتل المسلم وهو ممن لا يسهم له كافرا مقبلا او مدبرا فله سلبه شرط لا
مام ذكرا ولم يشترط لنا قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه
الآية فاضاف الغنيمة الى جميع الغانمين وهذا جمع انفراد الواحد بشيء ورد
ان رجلا سال النبي عليه السلام وهو بوادي القرى فقال يا رسول الله ما تقول
لك سهم ولعلا اربعة اسهم قال الرجل فهل احد احق بشيء من المغنم دون
احد قال لا حتى السهم يأخذه احدهم من جنبه فليس باحق به من اخيه ولان مال
للمقتول فلا يستحقه القاتل بقتله كغير السلب فان قيل قال النبي عليه السلام من قتل
قتيلا فله سلبه ولم يفرق بين ان يكون بشرط الامام ذكرا ولم يشترط له
النبي عليه السلام قال ذلك بعد نفض الحرب وجمع الغنيمة قلنا على ان السلب يستحق با
لشرط لا بالشرط قبل له من قتل قتيلا فله سلبه يحتمل ان يكون قاله تنشيطا
فلا يجوز ان يكون قاله شرطا بل الامر بن عليس حمل اللفظ على احدهما اولى من الاخر
كقوله عليه السلام من اقال مسلما اقال الله عثرته فهو امر ومن علق باستمار النعمة فهو امر ومن ولد له ولد
الشرع فاما قوله ان النبي عليه السلام انما قال ذلك بعد نفض الحرب فليس بصحيح لان النبي عليه السلام شرط

شرطه لكل احد الطيب وروي ان النبي عليه السلام قال يوم هوازن من قتل مشركا
فله سلبه فقتل ابو طلحة يومئذ عشرين واحدا سلبهم وهذا يدل ان
النبي عليه السلام شرط ذلك قبل قتل ابو طلحة فان قيل مال يوخذ من الغنيمة
لا يقتضي تقديره الى اجتهاد الامام لا يقف استحقاقه على شرط كسهم الفا
رس والراجل قيل له المعنى في الاصل انه للعالم بقدر على ذن الامام استحقاه
قاتلا اولم يقاتلا ولعالم يستحق في مسلبة السلب من غير تقدير ولم
يستحق الا بشرط كالنفل وقد قال الشافعي اذا قال الامام من اصاب شيئا
فهو له فقد اخطا ومن اصاب شيئا فهو لجماعة المسلمين وهذا ايضا لان
النبي عليه السلام قال يوم بدر من اخذ شيئا فهو له وروي عن حبيب بن سلمة
ان النبي عليه السلام نفل ربع البداءة الربع والرجعة الثلث ولا نخرج على القال
جاز ان يشرط في مقابلته كالسلب فان قيل قال الله تعالى واعلموا انما غنمتم
من شيء فان لله خمسه وهو عام قبل له ما شرطه الامام نقلا نحو مفاد
الى المشروط له فلا يعارض الخمسة فلا يتناوله الآية فان قيل من استحق جزءا
من الغنيمة بغير شرط الامام لم يسقط بشرط الامام اصله غير الغا
نمين قيل له غير الغانمين لا يفرد دون غنم بالاسلاب فلم يستحقوا غير بالاسلاب
بالشرط والغانمين يختلف ذلك قال ﷺ والسلب ما على المقتول من ثيابه
وسلاحه وموكبه وذلك لما روي عوف بن مالك ان رجلا افقم في غزوة
نوبه وان رديا كان يشتد على المسلمين وعقرهم فتلطف به ذلك الرجل
وتعرضه حتى حمحرة فاما مربه عرقب فرسه ذخر الرجل فسقط وعلاه بالسيف
فقتله

فاقبل عرسه وسرجه ولجامه وسيفه ومنطقه وسلاح مذهب الذهب
الى خالد بن الوليد فاخذ خالد طائفة وتفله فسه قال عوف فتفلت باطل ما هذا ما عهدنا
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل للقاتل السلب كله قال بلى ولكني استكثرته ثم ضرعا
رسول الله عليه السلام فاموا ان يدفع اليه بقية سلبه قال ﷺ واذا خرج للمسلمون
من دار الحرب لم يجز ان يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها وان تعافض معه علف
او طعام رده الى الغنيمة وذلك لانا انما جوزنا لهم الانتفاع بذلك لاجل الحاجة اليه فاذا
حصلوا في دار الاسلام زالت الحاجة فلا يجوز لهم الانتفاع منه ويردونه معه
لتعلق حق الجماعة به قال ﷺ ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها
ويقسم الاربعة الاخماس بين الغانمين والاصل فيه ذكر قوله تعالى واعلموا انما غنمتم
من شيء فان لله خمسه فاضاف الغنيمة اليهم واستثنى الخمس فدل ان الباقي لهم
ولما روي ان رجلا سال النبي عليه السلام بوادي القرى فقال يا رسول الله هل الغنيمة
قال لك سهم ولعلا اربعة اسهم ولان النبي عليه السلام قسم الاربعة الاخماس بين الغا
نمين قال ﷺ للفارس سهمان وللراجل سهم هذا ابو حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد للفارس ثلثة اسهم وبه قال الشافعي وجه قول ابي حنيفة حديث ابن عمر ان
النبي عليه السلام قسم للفارس سهمين وللراجل سهما وروي في حديث مجمع بن يعقوب
بن مجمع عن ابيه عن جده قال شهدت خيبر مع رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت
السهام على ثمانية عشر وكانت الخيل ثلثمائة فاعطى الفارس سهمين وهما في ذلك
النبي عليه السلام الفارس سهما لفرسه سهما ولان الانتفاع بالفارس اكثر من الانتفاع
بالفرس لانه يقاتل على الفرس ويقاتل وان لم يكن له فرس والفرس لا يقاتل بنفسه

فلم يستحق الاكثر من سهم فالفرس الذي وجه قولهما حديث ابن عمر ان النبي
قال للفارس ثلثة اسهم سهم له وسهمان لفرسه الجواب انا قد روينا عنه
خلافه ذكر وقت الاحتجاج فان قيل لحديث ابن عباس ان النبي عليه السلام يوم حنين
جعل للفارس ثلثة اسهم قيل له هذا لا يصلح الاحتجاج به لان خبر كانت خيبر بعدها
لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاصة فيعطي منها ما شاء ثم لو تعارضت الاخبار تساوت
والاصل لا يقتضي التفضيل وكذلك ظاهر القرآن وهو قوله تعالى واعلموا انما غنمتم
من شيء لانه اضاف الغنيمة اليهم وهذا يقتضي التساوي ولان الة فلا يستحق بها
كسائر الآلات فاذا وجد تعارض الاخبار توجب التفضيل اتباعا لمقدار المتفق عليه
وما سقط الزيادة عليه لتعارض الاخبار فيها قال ﷺ ولا يسهم الا
لفرس واحد وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وزفر ومحمد والحسن بن زياد
وقال ابو يوسف يسهم لفرسين وجه قولهما ما روي ان زبيرا بن العوام حضر
خيبر فاراد ان يسهم له النبي عليه السلام الا لفرس واحد ولان ما زاد على فرس واحد
لا يحتاج اليه فصار كالثالث وجه قول ابي يوسف ما روي ان النبي عليه السلام اسهم
يوم خيبر لفرسين ولان الفرس الثاني يحتاج اليه في القتال اذا عيا فرسه فوجب
ان يسهم كما يسهم للاول والجواب ان الفارس يمنع من الاسهام لحال واحد
روي انه عليه السلام لم يسهم للزبير الا لفرس واحد وروي انه عليه السلام يوم خيبر اسهم
لفرسين فانتهى ما ذكرنا اتفقوا عليه واسقطنا ما تعارضه فيه الاخبار
وبقيناه على اصل القياس قال ﷺ والبراذين والعتاق سواء لان من
من قال لا يسهم للبراذين قال انما لم يسهم لها لانها لا تصلح للكر والفر

فان البراذين تنفع به من وجه لا ينفع بالعتيق الا نوادر ان العتيق يصلح للطلب
والهرب والبراذين اثبت حتى احمل السلاح واكثر انعاظا في القتال واذا كان
في كل واحد منهما منفعة تختص بالقتال تساويا فان قيل فقد روي اذا نبل الرجل
على الشام وعلى الناس رجل من حمير ان ادركت العرب من جسدا ادركت
الفرا ذن من الهند فقالا اجعل من ادرك كمن لم يدرك وكتب الى عمر فانكر
ذلك ثم قال مسنوحاله قيل له لا دليل فيه لان الامير قد حكم في موضع يسوغ
فيه الاجتهاد فلم يلزم بنقض عمر حكمه قال ويسهم ولا يسهم لراحله ولا
بغل وذلك لانه آلة فلا يستحق صاحبها اجلها شيئا كسائر الآلات وانما تركنا
القياس في الفرس للخبر وما سواه على اصل القياس ولان لم يرد الا في سهم
سهم لاجل البغل والراحلة قال ومن دخل فارسا دار الحرب فارسا
فنفق فرسه يستحق سهم فارس ومن دخل راجلا فاشترى فرسا فلم
راجلا فالمعتبر عند ابي حال الدخول وقال الشافعي المعتبر في استحقاق
السهم حال نفض الحرب فمن لا فرس معه في تلك الحال فله سهم راجل ومن كان معه
فرس يملكه الا قال عليه فله سهم فارس وان دخل راجلا لنا قوله تعالى وما
افاء الله على رسوله فما اوجفتم عليه من خيل ولا ركاب فدل على ان سبب
استحقاق هو الايجاف ولان المقصود بالخيل ما يحصل من ارهاب العدو
قال الله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم والارهاب يحصل
بحولهم لان العدو يكثر لكثرتهم سيما عند دخول الخيل والرجل فاذا حصل المقصود بفعل
الخيل استحق السهم ولم يسقط الا باسقاط مستحقه ولان الاستحقاق اصا

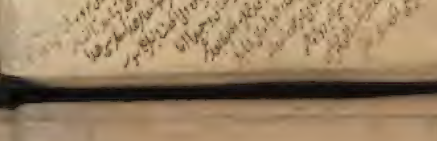
ان حيوية الطرف الاول هو حال الدخول والقتال والطرف الثاني هو نفض القتال
اما حالة التمكن من القتال ولا يجوز اعتبار القتال لان من ربط فرسه وقاتل راجلا
استحق سهم فارس ولا يجوز اعتبار نفض الحرب لان المقصود بالخيل ارهاب
العدو وهذا مثمرة القتال وذكر الحاصل قبل نفض الحرب ولا يجوز اعتبار حالة
التمكن من القتال بدليل ان المستعير يتمكن من القتال كالفارس ولا يستحق سهم
فارس فلم يبق الا اعتبار الطرف الاول فان فضل استحق فارس اكثر من استحقاق
الفرس ولوصات الفارس قبل نفض الحرب لم يستحق شيئا كما لو اذا مات فرسه
قبل ان اذا مات الفارس فقد عدم المستحق حال الاستحقاق فاتى ان يثبت حق من الغنائم
للملك فانه جاز ان يسهم له وصوت الفرس لا حق من انتقال الملك الى الفارس واذا
كان المستحق باقيا لم يبطل الاستحقاق بصوت الناهق له فان قيل لو كان المعتبر
حال الدخول لوجب اذا دخل الصبي او الذمي ثم بلغ الصبي واسلم الذمي ان لا
يستحق اعتبارا لحال الدخول قيل له قد قال اصحابنا ان من جن بعد دخول دار
الحرب اسهم لعتبار احال الدخول فاذا اسلم الكافر او بلغ الصبي بعد نفض الحرب
فيها ولم يسهم اعتبارا لحال الدخول فاذا بلغ قبل القتال استحق السهم
لانه دخل وليس من اهل القتال ولا من اهل السهم فاذا قاتل بعد كمال صار كمن دخل
في هذه الحالة وكتجار العسكر واما الراجل فقد دخل وهو من اهل القتال فاعتبر حال دخوله قال ولا يسهم لمملوك ولا اسراء ولا صبي ولا ذمي ولكن
يرضخ لهم على ما يرى الامام وذكر الحاكم ابو حنيفة عن النبي عليه السلام كان
لا يسهم العبد والنساء والصبيان وروي انه قال لا اجعلهم كاهل الجهاد وروي



بشيء منه خادما ولم يلفه ولقيها عائشة فاخبرتها بالحديث فجاء النبي عليه السلام
فاخبرته بذلك فاتانا رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد اخذنا مضاجعنا فوجبنا لنقوم
فقال مكانكما فقعد بيننا فقال الا ادلكما على خير مما سالتما اذا اخذتما مضاجعكما
وسبحا ثلثا وثلثين واحمدا ثلثا وثلثين واكبرا اربعا وثلثين فهو خير لكما
من خادم ولا تدعوا شيئا من ذلك قيل ولا ليلة صفين كما في السيرة ان النبي عليه السلام لم يسهم قط
ولا ادري ذكر مثل هذا الحديث فدل على بطلان ما يقولونه فان قيل قال الله تعالى
واعلموا انما غنمتم فاثبت لهم حقا بالغنيمة وذكر عبد الاستحقاق قيل له
الظاهر يدل على استحقاق ذوي القربى وليس فيها فمن النبي عليه السلام والقربى للمسلمين
بل الظاهر فيها للمسلمين لان الله تعالى ذكر مع ذكر او لي القربى اراده به قرابة
المسلمين لان الخطاب لمسلمين قال الله تعالى وما تكونوا من فتنة ولان
الاموال المضافة الى الله تعالى هي المرصدة لمصالح المسلمين وقد بين ان النبي
عليه السلام يدخل فيهم ودخول الرئيس فدل الآية على ما قلناه من انه لا يسهم لهم وانما
يستحقونه كما يستحقه سائر الغانمين قال وما ذكر الله تعالى في الخمس
فانما هو لافتتاح الكلام تبركا كما سماه وذكر ابو داود عن سفيان الثوري عن قيس
ابن مسلم قال سالت الحسن بن محمد عن قول الله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء الآية
قال هذا مفتاح كلام الله لنا في الدنيا والآخرة قال وسهم النبي عليه السلام يسقط
بموته كما يسقط الصفي وقال الشافعي هو للامام بعده وهو سهم من خمس الخمس
في الكراع والسلاح دليلنا ما روي عمرو بن عنبسة قال النبي عليه السلام صلى الله
عليه وسلم اجتنب البعير من المغنم فما سهم اخذ وبرة من جنب البعير

ابن عباس انه يرضخ للعبد والمراة قال واما الخمس فيقسم على ثلثة سهم
لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل والدليل على ذلك ما روى الكلبي عن ابي
صالح عن ابن عباس ان الخمس كان يقسم على عهد رسول الله على خمسة اسهم
لله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين سهم وابن السبيل سهم ثم
قسم ابو بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ثلثة اسهم لليتامى والمساكين وابن
السبيل قال ويدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الى
اغنيائهم شيء وقال الشافعي لهم الخمس يستوي فيه فقيرهم وغنيهم ويقسم
بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون بنو هاشم وبنو المطلب دون بني ابيه
وبني نوفل لما روياه عن جبير بن مطعم انهم قسموا الخمس على ثلثة اسهم ولو كان
لذوي القربى سهم لم يكن لهم اسقاطه وروى ان جده الحرور كتب الى ابن عباس
يساله عن الخمس لمن هو فكتب اليه يزعم ان لنا وزعم قومنا انه ليس لنا وعن
محمد بن اسحاق قال سالت اباجعفر محمد بن علي كان يضع في الخمس حتى الى
العراق قال بالكلة سبيلا ابي بكر وعمر قال فقلت فانتم تقولون قال والله ما له
بصدورنا الحق رايه قلت فما منعه قال كره ان يدعي خلافهما ولو كان حقا الخ
لم يسقط حقهم وان خالفهما رايا فقد اتفق اهل السيرة ان النبي عليه السلام
نفل الخمس جوازن ولم يدفع منه الى هاشمي شيئا وقسم خيبر ولم يجعل
للعباس منه شيئا وقسم لفاطمة بنته منها ولم يقسم لبنته زينب ولا
لام كلثوم ولو كان حقا لم يجز له منعه منه كما لا يمنع الغانمين حقهم
وروى عبد الرحمن بن الابيلي عن علي ان فاطمة اتت النبي عليه السلام وقد بلغها انه

ثم قال الاصل يمنع غانم مثل هذا الاخماس والخمس مردود فيكون سهم ذي القربى انه يرجع الى الجماعة وهذا لا يكون الا على قولنا ولان عليا كان يستحق من الغنيمة النفل والخمس فاذا اسقط النفل بموته تركذلك الخمس ولان السهم كوكان ثابتا افرده الايجاب بعده وصرفوه في وجوه ولو فعل ذلك لنقل من طريق الاستفاضة قال ش الحسن بن محمد ثم استطرد الكلام في هذه السهمين بعد وفاة رسول الله عليه السلام وسهم ذوي القربى فقال قال ابو حنيفة سهم ذوي القربى للخليفة من بعده وقال نقل القرابة رسول الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وسهم ذوي القربى للخليفة فاجمعوا ابهم ان جعلوا هذين السهمين للخيل والعدة في سبيل الله فكما جاز ذلك في ايام ابي بكر وعمر نقل ذلك عن اسحاق قال سهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمان رسول الله بالنصرة وبعده بالفقر وقال الشافعي يستحقونه بالاسم والدليل عليه ما قلنا ان النبي عليه السلام اعطى بني المطلب وحرم بني ابيه وهم اليه اقرب لان ابا هاشم ابو هاشم لابيه وامه والمطلب اخوه لابيه ولو كان الاستحقاق بالقرابة لكان بنو ابيه اولى وعن سعيد بن المسيب عن محمد بن جبير بن مطعم عن ابيه قال لما وضع رسول الله سهم ذوي القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس اتيتهما انا وعثمان بن عفان الى النبي عليه السلام فقلت يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ينكر فضلك للموضع الذي وضعك الله فيه فما بال اخواننا بني المطلب اعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة فقال عليه السلام انهم لم يفرقوا عني في جاهلية ولا اسلام وانما بنو المطلب وبنو هاشم كشيء واحد وشبك



بين اصابعه فدل هذا الخبر ان الاستحقاق كان بغير القرابة ولهذا الخبر قال ابو حنيفة ثم كانوا يستحقونه في زمان النبي عليه السلام بالنصرة فان قيل روى عبد الرحمن بن ابي ليلى سمعت عليا رضي الله عنه يقول اجتمعت انا والعباس وفاطمة عند رسول الله فقال العباس يا رسول الله كبرت سني ودق عظمي وكبتي وهو ذه فاني ربات ان امر لي كذي كبر وسقام من طعام فما فعل قال فما فعل ذاك ثم قالت فاطمة يا رسول الله انا كما عسى ان تكون الذي علمت فان رايت ان امر لي كما امرت لعمي فافعل قال فما فعل ثم قال بدين حارثة يا رسول الله اعطيتني ارضا اعيش فيها ثم قبضتها مني فان رايت ان ترد علي ما فعل فقال فما فعل قلت يا رسول الله ما رايت ان تولي صدقات الخمس كتاب الله فانسلخ فيها كما ينسلخ الحية احدا بعد احد فما فعل قال فما فعل ذاك قال فقسمه حيوة رسول الله ثم ولايته ابو بكر فقسمه حيوة ابو بكر ثم ولايته عمر فقسمه حيوة عمر حتى كان آخر سنة سنى عمر فاتاه مال كثير من الاهواز والسوس فعزل حقنا ثم ارسل الي فقال هذا لكم خذوه فاقسموه حيث كنت تقسم فقلت لابن العلم عنه غني وبالمسلمين حاجة فارده اليهم ثم لم يدعني اليه احد بعد عمر فاتيت العباس بعد ما خرجت من عند عمر فقال يا علي حرمتنا الغداء شيء لا نرد عليك ابدا وكان رجلا حليما فدل هذا الخبر على ثبوت السهم وعلى انه لا يسقط بموت النبي عليه السلام ودل الاجماع على ذلك ولان ابا بكر وعمر ولياه ذلك فيحتمل انه اداره الى رأي التدبير والقسمة التي كان اليه النبي عليه السلام وذلك ان له ان يمنع بعضهم على ما رويناه وهذا اصح ان يكون على طريق الاستحقاق ولان عليا رضي الله عنه

يستحقونه بالحاجة الا ترى انهم لو استحقوه بالاسم لم يحرمه اسقاط حقه بترك ومن عبد الله بن الحسن لما منع الصدقة تحمل بدلها سهم ذوي القربى من الخمس ومعلوم ان الصدقة حرمت على فقرائهم فدل ان خمس الخمس لم يحرم عليه الصدقة وهذا يمنع من استحقاقه بالاسم والقرابة قال ش واذا دخلوا حداوا الاثنين اداروا الحرب عمر بن بغير اذن الامام فاخذوا اشيا لم يخمس وقال الشافعي يخمس لانه مباح ماخوذ بغير سبب مقاتلة فلا يخمس كالمباحات ولان العدد ليس بمعتبر لاحراز الدين وانما يدخلون لاكتساب الاموال فصار كما لو دخل واحد ولنا قول الله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء الآية فجعل اسم الغنيمة عند العرب ينتاول الا ما اخذ بالقهر والغلبة وما ياخذه اللص خفية كسرقه وما ياخذه الواحد ليس خلسة فان قيل كل ما يقه دخلت باذن الامام خمس ما اخذ كما اذا دخلت بغير اذنه كالجماعة قيل له ما ياخذه الجماعة هو ماخوذ قهرا لظهور المسلمين بدليل انه لا يجوز لهم ترك نصرتهم ان احتاجوا اليه فلذلك خمس ما اخذوه وليس كذلك الواحد لان ما ياخذه ليس ياخذه بظهورهم بدليل انه لا يلزم نصرته واما اذا دخل الواحد والاثنان باذن الامام فالمستحق من الرد انه خمس ما اخذوه لان الامام اذا انفذهم فقد التزم نصرتهم بامداده لهم فصار ما ياخذه بظهور الجماعة فيخمس كما خمس ما ياخذ الجيش العظيم وقد روي عنهم رواية اخرى انه لا خمس لان ما لا يخمس صنعة له من العدد والعدة على مغالبة الكفار وقهرهم والماخوذ ليس بغنيمة وهو ماخوذ على وجه التلصص فلا يخمس قال ش واذا دخل جماعة لهم منعة فاخذوا اشيا

خمس ولم يأذن لهم الامام وقالوا انما اخذناه بسيوفنا فهو غنيمة الا ترى انه ماخوذ على وجه القهر والغلبة فيدخل تحت قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فان له خمسه ولان ما ياخذه الجماعة الذي لهم منعة هو ماخوذ بظهور المسلمين بدليل انه يلزم الامام نصرتهم وان كانوا دخلوا بغير اذنه لان في تركه نصرتهم وهن بالمسلمين وما اخذ بظهور المسلمين وجب فيه الخمس قال ش واذا دخل الرجل دار الحرب تاجرا فلا بأس ان يتعرض لشيء من اموالهم ولا من دمائهم فان غدر بهم واخذ شيئا وخرج به الى دار الاسلام ملكه اذا كان محظورا وهو ان يتصرف فيه على الاصالة كذلك قصة العنبرة بن سعد حين مضت قوما في الجاهلية فقتلهم واخذ اموالهم وجاء الى النبي فقال عليه السلام اما الاسلام فقد قبلناه ملكنا واما المال فانه مال غدر فلا حاجة لنا فيه ولم يأمر برده على ورثة المقتولين فدل ذلك على انه قد ملكه على وجه محظور ولهم ان يدخلوا على شرط ان لا يتعرض لهم بشيء ولا يجوز للمسلم ان يخفر الامان ومال الحربي وان كان محظورا بالامان لا يصح من قوم الملك لمن اخذ معنى وجه الغلبة الا ترى ان اموالنا اذا ظفروا عليها وملكوها بالغلبة الا انه يجب ان يتنزهوا فيما بينهم وبين الله تعالى ان يرد عليهم ما اخذوه منهم لانه مال غدر وانما قلنا يتصرف فيه لانه مال حصل له من وجه محظور فلم يسعه الانتفاع به ولزمه التصدق به كما قلنا في الانصاري قال ش واذا دخل الحربي الينا مستأمنا فلم يكن ان يقيم في دارنا سنة وبقوله الامام ان اقامت تمام السنة وضعت عليك الجزية والاصل في هذا ان المستأمن لا يتوطن دار الاسلام ان اقام اقامة دابة لان الشرع انما ورد بجواز اقامته ابدا

عليها والدليل على ما قلناه ان عمر فتح السواد وافرا هله على خمسة اسباع من غير كبير فرد ذلك اجماعا ولو كان القسمة فان قيل فقد قسم عمر بن الخطاب السواد واصاب خليد ربعه فاخذه وسلمين ثم ارجعه منه وعوضه منه وقيه قيل له خبر لا نسلم جواز القسمة فان قسمة عمر لم تقدح في قولنا وان تركه قدح في قول المخالف فلا معنى لهذا السؤال فان قيل عمر وضع الخراج اجره للارضين او ثمنا فاما اجراء الاملاك فلا قيل له هذا لا يصح لان عمر قال لحذيفة وعثمان بن حنيف كيف فعلتما العلكما حملتما الارض ما لا تطيق قالا حذيفة لو اعلمها احتمل قد حملتها امرا هو له مطيقة وفيها كثير فضل فلو كانت الاراضي للمسلمين وقد اعطاها عمرا واجرها لم يكن عليها حرج ان زاد ولا كان لها تطيق فواضح ان الاراضي للكفار وانما كره ان يحملهم ما لا يطيقونه كما لا يفعل في الجزية وروي ثعلبة بن زيد عن علي قال لو لا ان يقول عمر بعضهم وجه بعض لقسمت هذا السواد بينكم فدل على انه لم يقسم اذ لو قسم مرة لم يقسم ثانيا وذلك ايضا انه لم يواجر ولم يبع لانه لو كان كذلك لم تجز قسمته ولانه مفهوم يمكن وضع الخراج عليه فجاز اجراؤه بالخراج على ما كان عليه اصله الرقاب فان قيل قال الله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه والخمس لا يجوز اسقاطه قيل له الآية تناولت قسمة ماضيه ولا يجوز الحكم العينية في المستقبل فان قيل لما لم يكن للامام ان يقر اهله عليه اجاله يتقول وتحول قيل له ما ينقل وتحول البيع فترك قسمته فايدة تعود الى المسلمين فلم يجز اسقاط حق الغانمين عنه والاراضي في ترك قسمتها فايدة للمسلمين ومصلحة وهو الخراج فصار كما لو قاره واذا ثبت جواز اقراره عليه كان ملكا لهم

قال

قال وكل ارض اسلم اهلها عليها فتحت عنوة فقسمت بين الغانمين فمن احب منهم ان يبقى التعلق بما ابتدى به المسلم فاسلم لا يجب الخراج لانه في رقبته وانما يجب العشر قال وكل ارض فتحت عنوة واقر اهلها عليها فان عليهم خراج رؤوسهم وعلى اراضيهم الخراج لما ذكرنا قال ومن اسلم من اهل الخراج على رؤوسهم فعليه في اراضيه

قال ابو حنيفه وزفر يوخذ منه الخراج وقال ابو يوسف عشران وقال محمد عشر واحد
وجه قولهما ان العشر طريقه الطهرة بدليل انه يصرف مصرف الزكوة فالمعقود
اثباته في حق الذمي لان الطهرة لا يثبت في حقه فان قيل لا يمنع ان لا يثبت ابتداء
ويبقى في حقه كالخراج الذي لا يثبت في حق المسلم ابتداء ويبقى في حقه اذا اشترى
ارض خراج قيل له المسلم يجوز ان يثبت في ماله حق الذمي دليله انه لو اسلم في دار
الحرب ثم غلبنا على الدار كان عقاره فيأ وزوجته واولاده الكبار رقيقا ولا
يجوز ان يبقى في حقه الخراج الذي طريقه اللزوم والذمي لا يجوز ان يثبت في حقه
الطهرة ابتداء فلم يجز بقاء العشر الذي طريقه الطهرة اذا استوطن العشر
وجب الخراج كالذمي اذا جعل داره بستانا وجه قول ابي يوسف ان الخراج مال
يتكرر فلا يجب فيه اختلاف اهل الذمة كالذي ضعف على المسلم كالمال اذا
مر به على العاشر وجه قول محمد انه حق ثبت به الارض فلا ينتقل عنها كالخراج
واما التغلبي اذا اشترى ارض عشر فذكر محمد في الاصل انه يضعف عليه عشران
ولم يذكر خلافا وقال الشيخ ابو الحسن هذا قول ابي حنيفه وابي يوسف وقال
محمد عشر واحد وجه قول ابي حنيفه ان الصلح مع بني تغلب وقع على ان يؤخذ
منهم ضعف ما يوخذ من المسلمين والمسلم يوخذ منه العشر فيوخذ منهم العشر
واما ابو يوسف فيقول انه حق تضاعف باختلاف المالك فكان عليهم ضعفا ما على
المسلم كاموال التجارة وجه قول محمد ما ذكره في المسالة الاولى فان التغلبي
هذه الارض مسلما اخذ منه عشران عند ابي حنيفه وقال ابو يوسف وكذا
عشر واحد وجه قول ابي حنيفه ان التغلبي لما ضعف عليه العشر صار خراجا

وعلى الفقير المعتمل اثنا عشر درهما ورفعا الى عمر فاجراه بذلك وكان ذلك بحضرة الصحابة
من غير نكير وعمل بذلك ايضا عثمان وعلي فيه الا ان ابا يوسف وافق ذلك فان قيل كان ذلك
لما وجه التراضي قيل له البلد فتحت عنوة فاذا اقروا على اراضيهم ثم يتغير التراضي لان عمر
قال لهم يطيقون اكثر من ذلك فزاد عليهم درهمين ثم رد ما الى الاول ولو كان ذلك على وجه
التراضي لم يجز ان يرد عليهم بالاحتمال ولانه حق يستوي به الكافر فوجب ان يختلف به
خلاف الامكان كالخراج فان قيل روي ان النبي عليه السلام امر معاذا ان يأخذ من
كل حالم دينارا قيل له يحتمل انه على وجه التراضي تبين ذلك انه قد روي ان النبي عليه السلام
امر معاذا ان يأخذ من كل حالم محالم دينارا او عدله معافري وانما اجزية عليهم الا
ما كان على وجه الصلح ويحتمل انه وضع ذلك لاحتمال الطاقة ولو كان سنة مقدرة لم يجز
ان يخير بعد ذلك فقد روي عن ابن ابي نجيح قال بلغ عمر ان جاجا اخذ من بعض الروم
من الجزية اكثر مما وضع على اهل اليمن فقال للبراز قل لبعض بني شقرة الروم ان استووا
الغني والفقير كالاسلام قبله الاسلام من حقوق الابدان وذلك لاختلاف البلاد والاحوال
والجزية من حقوق المال فجوز ان يختلف حتى انه تعالى قال

**قال** ونوضع الجزية على اهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم اما اهل الكتاب فلقوله تعالى من الذين
اوتوا الكتاب الآية وهو عام واما المجوس فلما روي ان عمر قال ما ادري ما اصنع بالطيفة التي
من اهل الكتاب فقال عبد الرحمن بن عوف سمعت رسول الله يقول سنوا بهم سنة
اهل الكتاب الا انكم لا حذا واما عبدة الاوثان من العجم فيجوز اخذ الجزية منهم
وقال الشافعي يسترقون ولا يقبل منهم الجزية لنا ان النبي عليه السلام كان يبعث جيشا
ويأمر فيقال ادعوهم الى شهادة ان لا اله الا الله فان ابوا فادعوهم الى اداء
الجزية



وهو عام ولانه يجوز استرقاق رجالهم فجاز اخذ الجزية منهم كاهل الكتاب فان قيل
روي عبد الرحمن بن عوف ان النبي عليه السلام اخذ الجزية من مجوس هجر قيل له
دليلنا على ان الخبر يقتضي المجوس لا الكتاب ثم ان الجزية لا تختص اهل الكتاب فان قيل
فقد ذكر في الخبر من حق له عبد الرحمن للخبر قيل له لان عمر رضي الله عنه خفي عليه
ذلك حتى اخبره اهل الكتاب ولم تقم عنده حجة على غيره حتى سمع الخبر فدل ان الحكم عام في
الكتابية وغيره فان قيل من لا يقبل منه الجزية اذا كان عربيا لا يقبل اذا كان عجميا
اصله المرتد قيل له المرتد لا يقر على كفره بالاسترقاق كذلك الجزية والجامع بينهما
خلافه **قال** ولا يوضع على عبدة الاوثان من العرب والمرتدين لما روينا ان عبدة
الاوثان من العرب فلا يجوز استرقاق رجالهم فلا يجوز اخذ الجزية كالمرتدين
ولانهم بالقوة اذا بذلوه النبي عليه السلام وكذبوه واخراجه من ارضه نعوذ بالله من ذلك
لم يقبل منهم الا السيف والاسلام والدليل على انه لا يجوز استرقاقهم في حالة ما قاله
الشافعي ان النبي عليه السلام قال يوم خيبر لو كان مجد علي عمري دقاه الا كان اليوم
لكنه الاسلام او السيف ولانه سبب للاقرار على الكفر فلا يثبت في حق عبدة
الاوثان من العرب كالجزية فان قيل يجوز استرقاق بعض رجالهم كالرجال
من اهل الكتاب قيل له المعنى في الاصل انه يجوز اخذ الجزية منهم فجاز استرقاق رجالهم
بخلاف محل النزاع **قال** واما المرتدون فلا يقبل منهم الجزية بل ان اسلام والا قتلوه
لقوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه وروي ان جاء قوم على عمر فقال لعمر ما من معمره
جئتك بانهم رجال منا ارتدوا فدعاهم الى عمر فلم يتب منهم ما فاستتابهم ثلثة
ايام فاعرض عليهم الاسلام كل يوم فان اسلموا والا قتلهم وكان ذلك بحضرة الصحابة
من غير نكير

قال ولا جزية على امرأة وذلك لان عمر لم يضع على النساء الجزية ولان الجزية تجب لاسقاط القتل وكما لا قتل لا يوضع عليه الجزية قال ولا على الصبي لانه ليس من اهل القتال كالنساء ولان من لا يقاتل لا يقتل بكفره وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف في احدى الروايتين يوضع عليه اذا كانوا اغنياء وجه قولها ان هؤلاء ليسوا من اهل القتال ولا يجب القتل بكفرهم والجزية انما تجب لاسقاط القتل الا ترى ان لا يقتل بكفره لا يلزمه الجزية كالصبي والمراة وجه قول ابي يوسف ان عمر وضع الجزية على كل معتمل ووجود المال اكثر من العمل ولانهم ممن يقاتلون بالكفر الا ترى ان من كان منهم ذا راي في الحرب قتل بكفره لابرايه فصار بمنزلة الشيخ الفاني قال ولا فقير غير معتمل وقال الشافعي يوضع على الجزية لما روي ان عمر وضع على الفقير المعتمل اثنا عشر درهما فاعتبر العامل القدرة فدل على انها تجب على من لا عمل له ولانه لا يطيق الاداء الطاقة معتبرة في الوجوب الدليل عليه خراج الاراضي فان قيل قال النبي عليه السلام لمعاذ حين بعثه الى اليمن خذ من كل حالم دينارا وهو عام قيل له الدليل فيه لان الامر بالاخذ ينصرف الى من يقدر على الدفع فاختص الخبر بذكر فان قيل يختص ايجاب الجزية بالاحرار فانه لم يجز اقرار على كونه في دار الاسلام حولا بغير جزية كالموسر قيل له هذا باطل بالمكاتب لان الكتابة حر يدين فاستوى فيه الغني والفقير اصله المديون والجزية حق مال يتعلق حق الله تعالى به فلا يختلف فيه الغني والفقير قال ولا على الرهبان الذين لا يخالطون الناس لان هؤلاء لا يقاتلون والجزية لا يوضع على من لا يقاتل فاما الرهبان واصحاب الصوامع الذين يخالطون الناس فقال محمد كان

ابو حنيفة يقول يوضع عليهم الجزية اذا كانوا يقدرون على القتال وهو قول ابي يوسف قال عمر بن ابي عمرو وقال محمد هو قولنا القياس ما قال ابو حنيفة لانهم ليسوا على السياحين والرهبان خراج والوجه في وضع الخراج عليهم انهم من اهل القتال الا انهم تركوه مع القدرة عليه فصاروا كالمعتمل اذا ترك العمل مع القدرة لان الجزية لا تسقط عنه واما قول محمد السياحين يجوز ان يكون لهم ما يقدرون على العمل منه فيكون انفاقا وهو ان يكون قال من لا يخالط الناس لا يقتل ومن لا يقتل لا يوضع عليه الجزية قال ومن اسلم وعليه جزية سقطت عنه وقال الشافعي لا تسقط لانها وجبت عليه امرنا باخذها منه وجه الصغار والمسلم لا يجوز في خلقه ولانها حق الاسلام تجب ما قبله ولنا قول النبي عليه السلام الاسلام يجب ما قبله ولانها عقوبة لبقائه على الكفر فوجب ان يسقط باسلامه كالقتل فان قيل اموال الموضوع على الكافر فاذا هو وجب حال الكفر لم يسقط باسلامه كالخراج قيل الخراج الاراضي لا صغار فيه لانه حق مال ولهذا جوز ان يبتدي به للمسلم وحقوق الرقاب فيها صغار فاختلفا وعلى هذا الخلاف اذا مات الذمي يسقط الجزية لان الموت ينافي معناها وهو الصغار والمذلة قال واذا اجتمعت حولان تداخلت الجزية وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا يتداخلان وجه قول الشافعي وجه قول ابي حنيفة انها عقوبة فاذا اجتمع اسبابها من جنس واحد كان اجتماعها كاثنين في الحد كالحدود فان قيل ما يجب بالخلول اولا كالزكوة قيل له الزكوة وجبت على وجه الطهرة فلم يتداخل والجزية وجبت عليه على وجه العقوبة

خلافا لزفر وقد قال اصحابنا ان الجزية تجب بالحول وقال الشافعي تجب بمضي الحول لنا قوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون فامر باسقاط القتل باعطاء الجزية فدل انها تجب عند اسقاط القتل وذلك موجود في دار الحول ولانه على تجب باسقاط القتال وكان وجوبه حال سقوط القتل كالخراج فان قيل حق يتعلق بالمال فوجب باخر الحول كالزكوة قيل له لا نسلم ان وجوبه يتعلق بالحول فان اداه والا تجب في الحول الا وقعه بطل بعد وقته النظر فانا سوا اخراج الارض فان اخراج الارضين في مقابلة الانتفاع بها فالموجب يسلم المنفعة لا يجب اخراج الرؤس في مقابلة اسقاط القتل فتجب عند سقوطه واذا ثبت انها تجب بدار الحرب قال اصحابنا يفرق اخذها كل سنة شهران او اخذ ذلك اخذت منه فسطا اعتبارا بالاسلام قال ولا يجوز احد الصدقة لخراج بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام وذكر في الاصل الاحتياط في دار الاسلام ولا كنيسة معناه لا حدث في دار الاسلام كنيسة لم يكن واسا الخصي فقيل في تاويله لا يخصى الرجال قياسا على ذلك وقوله تعالى ولامرنهم فليغيرن خلق الله وقيل المراد به الرجل يتبع من النساء كما يفعله اهل الكتابة حتى يصير في حكم الخصي قال واذا انهدمت الكنايس والبيع القديمة اعادوها وذلك لانا اقررناهم عليها والابقاء في الابقاء على التابيد فجاز لهم اعادتها كما ابتنوها وقد قال ابو حنيفة لو خلى رجل منهم في صومعة منع منه لان الصومعة مغيري كنيسة كما لا يجوز احداث شيء من الكنايس في امصار المسلمين كذلك الصومعة وقد قال ابو حنيفة فيما يفتح من البلاد والقري عنوة ثم يصالح اهلها ان يكونوا احقاء فيها وفيما كنيسة

يتشبه بالمسلمين في لباسه ولا في مركبه ولا في هيئه فكذلك فيما لا سلم من لباس المسلمين حال ركوبهم في الطريق وحيث يتزودون الحمامات بأن دخلوا للمسلمين وقد قال ﷺ الحمامات البسوا فيها المآزر وامنعوا النساء منها إلا مريضة أو نفساء ولا يبيعهم الخمر والخنزير ظاهرا لأن هذا مما لم يدخل تحت العقد قال إن حقنوا لم يعزروا فيه حدا في ذلك ولا عاقبوا ولا بأس أن يأكلوا ذلك في كنائسهم لأنهم ما أحدثوا ولا يفعلوا ذلك خارج الكنائس لأن الإظهار أصلا يعتبر في إظهار أمر الكفر وذلك ممنوع في دار الإسلام ولم يشترطوا من ضرب الناقوس في الأمصار إذا كانوا يضربون به كما يبيعون به خارجا منها منعوا لأنه معصية فلا يجوز لهم إظهاره كسائر المعاصي قال ومن امتنع من الجزية أو قتل مسلما أو سب النبي عليه السلام أو زنا بمسلمة لم ينقض عهده ولا ينتقض إلا بأن يلحق بدار الحرب أو يغلبون على موضع فيحاربونا وقال الشافعي ينتقض العهد بجميع ذلك لما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت دخل رهط من اليهود على النبي عليه السلام فقالوا السام عليك قالت ففهمتها فقلت وعليكم السام واللعنة فقال النبي عليه السلام يا عائشة إن الله تعالى يحب الرفق في الأمر كله فقلت يا رسول الله ألم تسمع ما قالوا فقال النبي عليه السلام قد قلت وعليكم فهذا سب للنبي عليه السلام وكان من حقها أن تقتله ولم يقتلها ولأنهم يسبون الباري جل اسمه ويقولون إن له ولدا والجزية بدل عن قتله ضرورة ولا ينتقض العهد وسب النبي عليه السلام مثله ولأن الجزية دين عليهم فالامتناع منها كالامتناع من سائر الديون فلا ينتقض به العهد فإن قيل أموالهم تحل بقتل الكفر من عطوا الجزية فإذا امتنعوا وجب القتل لزوال الشرط قبله القتل إسقاط لا التزام

لا عطاء قد وجد ذلك فسقط القتل وهو ما لا يتصور فيه الرجوع لأن الأب ولاء لا يملك فلا يقتضي أنه إذا أعطاه سقط القتل وليس في ظاهر الأب اعتبار الكبار [illegible] من يعتقد منهم الكفر فوجب أن لا ينتقض عهدهم النبي عليه السلام أصله لأن قبله الصغير في الإسلام لا ينتقض اعتقاده وشتم النبي عليه السلام ينتقض بإظهاره وليس كذلك العهد لأنه لا ينتقض باعتقاده وذلك كله بإظهاره قال ومن ارتد من المسلمين عن الإسلام عرض الإسلام عليه فإن كانت له شبهة كشفت له وحبس ثلاثة أيام فإن أسلم وإلا قتل أما عرض الإسلام عليه فلما روي أن رجلا قدم على عمر فقال هل من مغربة خبر فقال نعم رجل منا ارتد عن الإسلام فقال ما فعلتم به فقال عمر لو ولدت منه ما وليتك منه حبسته ثلاثا يا عرض عليه الإسلام كل يوم فإن أسلم وإلا قتلته ولأن الظاهر أن من ارتد إنما ارتد بشبهة دخلت عليه فاستحب العرض عليه لإزالة الشبهة فيزول عنه والعرض ليس بواجب لأن من بلغته الدعوة والكفر إذا بلغته الدعوة يستحق أن يدعى إلى الإسلام ويجب عليه ولا يجب وأما جواز القتل بعد العرض عليه فقوله تعالى ستدعون إلى قوم أولي بأس شديد الآية قيل في التفسير المراد أهل الردة وقال النبي عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه وارتد المسور الجعلاني فقتله علي رضي الله عنه وجعل ماله لورثته من المسلمين قال فإن قتله قاتل قبل أن يعرض الإسلام عليه ذكر في الأصل أن القتل فيه جائز ولا شيء على القاتل لأن القتل قد وجب عليه بالكفر وإنما يستحب عرض الإسلام عليه لجواز أن يسلم فإذا قتله والقتل مستحق لم يلزمه ضمان لأنه قد ترك الاستحباب ذكره لذكره وقد قالوا إن طلب التأجيل أجله لأنه إنما يطلب ذلك ليتروى فيسلم فإن لم يؤجله وقتل على رأي الإمام فلا بأس

بأن يقتله أي إذا امتنع وإن قتله قبل أن يعلمه ذلك فعليه قيمته ويؤجل ثلاثة أيام استحبابا لما مضى مدة الإمهال في الخيار قال ﷺ وإذا ارتدت المرأة لا تقتل ولكن تحبس حتى تسلم وهذا قولهم وقال أبو يوسف إنها تقتل ثم رجع والدليل على ما قلناه أن كفرها الأصلي لا يستحق به القتل فكذا الكفر الطارئ لأن المعنى الذي من قتل النساء وهو عام وإنما خص عن قتل النساء وهو عام وإنما خص عن قتل النساء لأنها قد التزمت الإسلام بدخولها فيه ومن التزم الإسلام لا يجوز إقراره على الكفر بعد ذلك قال ﷺ ويزول ملك المرتد عن أمواله بردته وإن مات أو قتل على ردته فماله فيء لجماعة المسلمين وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله لا يزول ملكه إلا أن أبا يوسف جعل [illegible] وجه قول أبي حنيفة أن قال الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها عصموا منه دماءهم وأموالهم إلا بحقها فعلق عصمة المال في الجملة بالإسلام وقد ثبت بالكتاب والسنة أن الردة توجب زوال العصمة وزوال الملك كالموت وجه قول أبي يوسف أن الردة توجب زوال العصمة دون الملك كالموت للمرحوم ومن وجب عليه القصاص وإذا لم يزل ملكه حتى صار عند أبي يوسف لا يعتق المدبر ولا أم الولد بردته فكذا لا يزول ملكه عن أمواله وكالمرتد إذا لحق بدار الحرب ثم عاد مسلما وعند محمد أنه معرض للتلف والكل راجع من الناس [illegible] قتله فصار حاله مخوفا من حال المريض فيكون تصرفه من الثلث وإذا ثبت [illegible] عند أبي حنيفة أن ملكه يزول قال ﷺ يزول الأمراء إلا الإجارة تعلقت بالكفر وهو مدعو إلى الإسلام ويرجى عوده فتعلق حقه به فإذا

وقد تحقق الشرط

أسلم زال الحكم الكفر عنه كأنه لم يرتد فإن قتل على ردته أو مات استقر كفره فاستقر زوال ملكه المستند إليه قال ﷺ وإن مات أو قتل على ردته انتقل ما اكتسبه في حال إسلامه إلى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردته فيأ وهذا الذي ذكره قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد الجميع لورثته وجه قول أبي حنيفة أن حرمة ماله المكتسب حرمة دمه فلما كان دمه معصوما للجميع الناس كذلك ماله ولا يلزم ما اكتسبه المكاتب حال ردته لأنه غير مالكه وإنما هو موقوف على حق المولى المسلم وما وقف على حق المسلم في دار الإسلام لا يكون فيأ فإن قيل وكسب المرتد يتعلق به حق ورثته المسلمين لما حق أو ارثا يتعلق باكتساب الصحيح وجه قولهما أن الردة لا يزيل الملك فيما اكتسبه حال الإسلام والردة سواء وقد قال الشافعي إن جميع ذلك في وهذا لا يصح لما روي أن علي رضي الله عنه جعل المسور الجعلاني حين ارتد فيئا وجعل ميراثه لورثته المسلمين وعن مسعود مثله ولأنه على حكم الإسلام بدليل أن أولاده يجبرون على الإسلام ولا يجوز تصرفه في الخمر والخنزير وعند الحلف يجب عليه الصلاة والزكاة ومن كان على حكم الإسلام ورثته المسلمون كالمجنون المسلم فإن قيل روي عن النبي عليه السلام أنه قال لا يرث المسلم الكافر قيل له هذا بعض الخبر تمامه قوله عليه السلام لا يتوارث أهل الملتين لا يرث أهل المسلم الكافر ولا الكافر المسلم فبين عليه السلام أن الكفر الذي يمنع ميراث المسلم من الكافر هو ما يضاف إلى ملة وذلك لا يكون في غير الميراث لأن الميراث لا ملة له ولأن ردته عندكم تبطل ما كسبه كما لو مات ويزول ملكه ويبطل تقوم دمه ولا يجب الأرش بقطع أطرافه فإذا مات على ردته حكمنا

بانتقال ميراثه الى ورثته من اجل اسلامه الى ورثته فيرث المسلم من المسلم او يرث مسلم من الكافر فان قتل المرتد او لحق بدار الحرب فحال فابو يوسف رحمه الله كالمكاتب قبل ان يؤدي عند انه بمنزلة الميت حال موته لا يورث ويورث عنه قال ومن ارتد من اهل الحرب مرتدا ثم حكم الحاكم بلحاقه وعتق مدبرته واستسعى اولاده وقد كان لحق بدار الحرب ثم سبي من سبي ذراري اهل الحرب صغيرا فاشتري وصح من سبي ذراري اهل الحرب صغيرا فاشتري وصح من سبي ذراري اهل الحرب صغيرا فاشتري وصح

في حقن الشهادة وقد روي ان اسامة بن زيد حمل على كافر فلما رفع السنان
[illegible] قال اشهد ان لا اله الا الله فقتله فقال النبي عليه السلام اقتلت من شهد
ان لا اله الا الله وفي رواية اقتلته بعد ما قال لا اله الا الله فقال انما قالها تعوذا من
السنان حتى قتله فقال عليه السلام هلا شققت عن قلبه وروي ان المقداد بن الاسود
قال للنبي عليه السلام ارايت لو قاتلت مشركا فضربني يده فقطعها ثم لاذ مني بشجرة فقال اسلمت
لله فاقتله بعد ان اسلمت فقال لا تقتله فقال يكفر لا قطعه ثم قتله فقال النبي عليه السلام
انك ان قتلته كنت بمنزلته قبل ان قطع يده وهو مسلم وكان من ذلك قتل ان تقتل بعد
الاخبار تقتضي ان الكافر في حال القتال اذا قال ما يدل على الاسلام كقوله اشهد ان
لا اله الا الله واشهد ان محمدا رسول الله او قال انا مسلم او الى ما اشبهه او قال انا
على دين محمد او على دين الاسلام انه يكون مسلما ويجب الكف عنه فان جميع
ذلك صفو من قد يقتل ارادته فان قال ذلك بعد ما قدر عليه المسلم فهو مسلم وعليه
الاسلام بعد ثبوت اليد عليه وذلك بضبط الفعل دون الاسترقاق فان
رجع عن ذلك وقال انما قلته تعوذا من القتل لم يقبل منه ويعرض عليه الا
سلام فان اسلم والا قتله صار مرتدا بذلك وقد قال الوقال الا
في اني اشهد ان لا اله الا الله وابرا من النصرانية فليس بمسلم لان هذا
يحتمل انه يبرا من النصرانية بدخوله في دين آخر من اليهودية وغيرها
فان خالجه ذكر واد خل في الاسلام او في دين محمد كان مسلما لانه قد تبرا من
دينه ودخل في دينا وهذا هو المعتبر واذا قال اليهودي
انا مسلم او قد اسلمت سئل عن ذلك فان قال اردت ترك دين اليهود به

اليهودية والدخول في الاسلام كان ذلك مسلما تابعا بعد ذلك لو اليهودية
كان مرتدا وان قال لم ارد رجوعا الى دين الاسلام ولكن اردت ان اسلم لله فليس
بمسلم حتى يأتي بما يدل على انه على ما هو عليه من الاسلام فان لم يسأل
عن شيء من ذلك حتى صلى مع المسلمين الصلوة في مساجدهم كان مسلما
لان الصلوة في جماعة والاذان يختص به الاسلام لو انفرد فان تقدم على
الاذان بالاسلام نحو ان يقول اشهد ان لا اله الا الله وقد قال الوالوه وهو يصلي وحده
كما يصلي المسلم في مسجد من مساجد المسلمين او يؤذن غير صلوة لم يكن بذلك
مسلما لانه لم يات بالعبادة على اكمل صفاتها فصار كمن اقر بالشهادتين
ولم يبرا من دينه وكذلك لو قرأ بعض القرآن وبقراءته لم يكن بذلك مسلما
لانهم يقرؤن بذلك على وجه التأديب بقرائته فلم يكن امرا اختص به نبيا فلم يدل
على الاسلام ولو صلى في جماعة كان بذلك مسلما وقال الشافعي لا
يكون مسلما فان صلى من لم يعلم منه تقدم الكفر كان ذلك على اسلامه وقد
روى داود بن الرشيد عن محمد انه اذا صلى وحده واستقبل قبلتنا
كان مسلما لقوله عليه السلام من صلى صلوتنا واستقبل قبلتنا واكل ذبيحتنا
فله مالنا وعليه ما علينا ولانها عبادة يستدل بها على الايمان فيحكم بها
منه تقدم الكفر وكذلك في حق من علم منه الكفر كالشهادتين وكذلك قالوا
لو شهد عليه انه حج وتهيأ للاحرام وانه شهد المناسك كلها مع المسلمين
كان بذلك مسلما لان هذه العبادة على هذه الهيئة تختص شريعتنا
وقد اتى بها على اكمل احوالها فان لم يشهد المناسك او شهد المناسك

كما مع المسلمين ولم يلبس لم يكن مسلما لانه لم يات العبادة على اكمل احوالها
وايا ما بعض العبادة فرض وشهد جماعة انه راه سنه يصلي الكونه وشهد اخرون
انه يصلي سنه الظهر وانكر ذلك لم نقبل لانهم لم يجتمعوا على فعل واحد وان
اتفقوا على فعل واحد كصلوة الصلوة فصاروا نهم اشبهوا في اسقاط القتل ولكنه
يخبر على الاسلام لانه قد يثبت انه مسلم وقد قالوا في توبة المرتد ان
ياتي بالشهادتين بريا من كل دين سوى دين الاسلام او بريا من الدين الذي
انتقل اليه وهذا على ما قدمناه وقد قال ابو يوسف في المرتد اذا تم
فلم يتكلم ردت عليه العرض على الاسلام حتى اعلم انه قد رجع فان لم يتكلما قتلته
وذلك لان عرض الاسلام عليه ودعاءه اليه مستحب وترك فعل ذلك فاضا
كه عن الجواب لا يسقط القتل الواجب عليه والله اعلم

## كتاب الحظر والاباحة

قال رحمه الله لا بأس بلبس الحرير وحمل النساء والصبيان ذكر ما رواه بكر
عن علي عن ابيه قال اخذ النبي عليه السلام حريرا بشماله وذهبا بيمينه ثم رفع
وقال ان هذين حرام على ذكور امتي حل لاناثها ورواه غيره ايضا ان عمر
انهزم حيث انهزموا فلما رجعوا الى المقام فلبسوا الديباج
لا عهد وقد عرض عليهم فقالوا له اعرض علينا فقال لا نرغبوا نيابكم
نزعوا ذلك ولا بأس بتوسده عند ابي حنيفة وقال
ابو يوسف ومحمد يكره توسده وجه قول ابي حنيفة ما روي ان النبي عليه السلام
حضر على وليمة فجلس على وسادة حرير عليها فصور وعن ابن عمر رضي

قال رأيت عن قرأ على عبد الله بن عباس او مجلسه صرفة من حرير وكان
ابن عباس يجلس عليه استخفافا به ولا يمنع منه كما يلبس ثوبا فيه تصاوير
وجه قولهما ان هذا من فعل الاعاجم وقد روي عن عمر انه اياكم
وزي الاعاجم وعن سعيد بن ابي وقاص لان اتكئ على جمر الغضا احب الي ان اتكئ على
الحرير ولانه لا يجوز لبسه فلا يجوز افتراشه كالذهب قال ولا بأس
بلبس الحرير في الحرب عند هما ويكره عند ابي حنيفة وجه قول ابي حنيفة
ان النبي عليه السلام نهى الرجل عن لبس الحرير ولانه يمكن ان يقام غيره مقامه
فلم يدع الحاجة اليها فبقي على المنع وجه قولهما ان السلاح لا يثبت الا على
الديباج فصار ذلك كمع ضرورة فلا يجوز لاجلها قال ولا بأس بلبس
الخز اذا كان سداه ابريسم ولحمته قطن او خز وذلك لان السدى لبسوا الخز
فلم يكره وسداه وحرير ولان المقصود من الثوب ظاهره وذلك هو الذي
فاذا كان خيطه حريرا لم يعتد بغيرها وقد قال لا بأس بالعلم في الثوب
اذا كان اصبعا او اصبعين او ثلثه وذلك لانه تابع للثوب فصار كالسدى
ولان النبي عليه السلام لبس فروا المراد منه من الديباج وكان العلم فيه انه نسج وهما
ع المسلمين على فعله قال ولا يجوز للرجال التختم بالذهب والفضة
الا بدا ام والمنطقة وحلية السيف الذهب وذلك لقوله عليه السلام احل الحرير
والذهب لاناث امتي وحرام على ذكورها الا هاتين الخاتم والمنطقة وحلية
السيف وقال ابو يوسف قد جاء في ذكر المنطقة ما يقتضي الرخصة فيها خاصة
قال ويجوز للنساء التختم بالذهب والفضة لقوله عليه السلام الحرير

[illegible] قال ويكره ان يلبس الخز الذهب
[illegible] وذلك لان الخز يحصل من دود ماموز في اشرنقه فتجففه ويغزل
لا يجوز به الفضل لانه لو ذكا انضم من شعر الخنزير وناخذ بالصوم والصلوة
لما انه ذكي لكنه نجس لشعر الخنزير والذهب لما قلنا وذكر قال ولا بأس
بالاكل والشرب والادهان والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء
وذلك لما روي عن النبي عليه السلام انه نهى عن الشرب في آنية الذهب والفضة و
قال من اكل او شرب في آنية الذهب والفضة فانما يجرجر في بطنه نار جهنم ولان النهي ورد عن التشبه بالاعاجم والمباشرة وذلك موجود
في استعمال آنية الذهب والفضة قال ويكره الانتفاع بهما فيما يعود الى البدن كالاكتحال والادهان ولا يجوز ايضا ان يكتحل من مكحلة من ذهب او
فضة او ذهب او فضة او ذكر ذلك المرأة لان تحريم ذلك منعقد يعود الى البدن كالاكل والشرب قال ولا بأس باستعمال آنية الزجاج والبلور والعقيق
وقال الشافعي يكره من ذلك ما كان ثمينا كالبلوح وجه قولنا انه ليس من جنس الآنية المنهي عنها فلا يكره استعماله كغير الثمين فان قيل ان النبي عليه السلام نهى عن
استعمال الذهب والفضة لاجل التفاخر وهذا موجود في البلور وغيره قيل له هذا دليلنا لانه عليه السلام لما خص النهي بالذهب والفضة مع علمه
بوجود التفاخر في غيرها دل على انها لا يساويان في التحريم ولان النهي عن
[illegible] لاجل التفاخر فلم يكن من عادة القوم التفاخر بغير الذهب والفضة قال



النهي عليه خاصة قال وتجوز الشرب الا الماء المفضض عند ابي حنيفة
والركوب على السرج المفضض والجلوس على السرير المفضض وقال ابو يوسف
يكره وذكر وعن ابي حنيفة ان الدهن والجام والمرآة والجام والركاب والسفر
كل ذلك مكروه وعند ابي يوسف وجه قول ابي حنيفة ان الفضة حارت تبعا لانا
بدليل انها يدخل بيعه بيعها ووجه التبع فلا يكره كالمزاز الثوب ولان المنع
انما هو لاجل التفاخر وذلك لا يحصل بالمفضض ووجه قول ابي يوسف انه مستعمل
بالفضة فصار كانه استعملها منفردة وعن ابي حنيفة في استعمال موضع
الفضة من الآنية روايتان احداهما انه يجعل فاه عاجا او العود دون الفضة
لان اذا وضع فاه على الفضة صار مستعملا لها وذلك لا يجوز وتجوز في الرواية
الاخرى لان الفضة لما صارت تبعا لم يكن مباشرا بعضه كطراز الثوب وقد
قال ابو حنيفة لا بأس بحلقة المرآة تكون فضة والمرآة جلدا او عظما
لانها تبعا لها وكره ذلك ابو يوسف لانه مستعمل لنفس الفضة فاما
السلاح المطلي بالذهب والفضة والركاب وقد رخص فيه ابو يوسف ايضا ووجه
قوله ان الطلي مستهلك لا يخلص فلا يعتد به قال ويكره التختم
في الصحيح وهو النقط وذلك لان روي عن عبد الله بن مسعود كراهة ذلك وقال
جردوا القرآن ولانه غير القرآن فكره ان يجعل في المصحف ما يدل على خلافه وذلك
ان اصحاب رسول الله اشكل عليهم سورة الانفال وبراءة انهما سورتان ام لم
يكتب التسمية بينهما فكان الشيخ ابو الحسن يقول لا يكره ما يكتب من تراجم
السور وحسب ما جرت به العادة لان في ذلك ابانة عن معنى السورة وصور

وكذلك اذا قال هذا هداه البكر ولا يعلم او ان اكثر رايه انه كاذب ولم يكن له راي
لم يجز ويرجع بثمنه ولان الاصل انه محجور عليه والاذن لم يوجد فلا يجوز ابتياعه بالشك
واما قلناه فوله العبد اذا كان ثقة في الاذن لانه من اخبار المعاملات وهذا
جنس من اخبار الديانات فاذا قبل قوله في اخبار الدين ففي اخبار المعاملات اولى
وقد قال في رجل في يده شيء اخبر انه لغيره وانه وكيله ببيعه او وهبه
له او اشتراه منه فان كان مسلما ثقة صدق وما قال واذا كان اكثر رايه انه
صادق وان كان اكثر رايه انه كاذب لم يصدق وهذا اذا لم يعلم الملك لغير البائع
من جهته لان الناس في سائر الاعصار يقبلون قول الوكلاء والولاة من غير
نكير وهذا هو الاصل ان كل شيء لغير البائع الا من جهته اعتبر في جوازه عليه
الظن وقد قالوا فيمن باع شيئا ولم يخبر ان ذلك لغيره فلا بأس بان يشتري
منه ويقبل قوله انه له وان كان خبر ثقة الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك الشيء
واحب اليه ان يعرف منه ولا يعرض له لشرا ولا لغيره وانما جاز الشراء
والتصرف دلالة على الملك الا ان يعلم غيره ولان الناس يشترون في سائر الا
عصار من التجار وغيرهم من غير نكير فدل على جوازه فاما اذا كان مثل
ذلك الرجل يملك ذلك فهو كالفقير يبيع جواهر او ما اشبه ذلك لان
الظاهر ان لا يكون مثل ذلك له ولم يدع وكالة من جهة الغير فيرجع الى قوله
فكان الاولى التنزه عن ذلك قال ويقبل في المعاملات قول الفاسق
لما بينا انها اذا من اخبار المعاملات وفي اخبار العدالة تفويض على الناس
ولم يكلم بعضهم ولانا بينا ان في سائر الاعصار يقبلون قول الولاة والناس

ومرسوله فرواها واكتفى بالسلسلة لقبولها فرواها جماعة الائمة عاضرة قول
الرسول في الحديث وكذلك اخبار المعاملات معمولة بذكر قال ولا يقبل
في اخبار الديانات الا العدل وذكر الخبر يتعلق بالدين لا يقبل فيه غير العدل
كاخبار الرسول وهذا الذي ذكره قول الخبرة جازما ثقة بعاسة فانه لا يجوز
ان يتوهمه وان كان يجوز ذلك وغلب على ظنه صدقه فالاولى ان يتبرع وان توضا
جاز وكذلك لو تزوج امراة فاخبرها ثقة ان بينهما رضاع فالاولى ان يفارقها
لان الشهادة الواحد لا يثبت بها الرضاع ولكن يلزمه التنزه قال
ولا يجوز للرجل ان ينظر من الاجنبية الا الى وجهها وكفيها وقد دل على ذلك قوله تعالى
ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها الا به قيل في التفسير الكحل والخاتم وروح
ذلك الوجه واليد ولان المراة قد تحتاج بنظر الى كشف كفيها في المعاملات والعطا
والى الكشف لتقام عليها الشهادة فرخص لها في ذلك لما جعل عورة دائما
قدمها لا يجوز النظر اليه في احدى الروايتين لان الحاجة لا تدعو اليه وفي
الرواية الاخرى لما روي عن عبد الله بن مسعود في تاويل قوله تعالى الا ما ظهر
منها قال القرط القرط والخلخال قال فان لا يامن الشهوة لم ينظر الى وجهها
الا لحاجة وذلك لما روي ان جارية اتت النبي عليه السلام قال لي انظري اي امراة
فاشتريتها فاتبعتها فضرب راسي جدار فقال النبي عليه السلام ان الله تعالى
اذا اراد بعبد خيرا فجل عقوبته قال ويجوز للقاضي اذا اراد
ان يحكم عليها والشاهد اذا اراد الشهادة عليها ان ينظر الى وجهها وان
خاف ان تشتهي ذلك لان الحاجة تدعوا الى النظر في هذا الموضع لغير الشهوة

جاز مع خوف الشهوة كما يجوز لمشهود النظر الى العورة عند الزنا بقيد
الشهادة وعلى هذا اذا اراد ان يتزوجها جاز وفي الشهوة اذا ان يتزوج
المراة قال لا به النبي عليه السلام انظر اليها فانه اجدر ان تودم بينكما ولا ينبغي ان يمس
منه شيئا وان كانت ممن تشتهى لان المس اغلظ من النظر لان الشهوة
فيه اكثر فيمنع منه من غير حاجة قال ويجوز للطبيب ان ينظر
موضع المرض منها وذلك لان النظر الى هذه المواضع محرم للضرورة تاثير
في اباحة المحرمات بدليل اباحة الميتة والخمر عند الضرورة وحسبة الشاهد
كذلك هذا وقد قالوا ينبغي ان يعلم امراة وآدكر المرض فان لم يقدر الا على
امراة وخافوا ما عليه الجرح فلا باس ان يستر كل شيء منها الا موضع
المرض ثم يداويه الجزء بعد من غير ما استطاع الصانعون فال وينظر
الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرته الى ركبته وذكر الحاوي ان النبي عليه السلام
انه قال لا تحل الرجل يومن بالله واليوم الاخر ان يدخل الحمام الا بميزر وعن ابي هريرة
انه قال سمعت النبي عليه السلام يقول ما فوق الوكبة من العورة وما اسفل السرة من العورة
وعن ابن النبي عليه السلام قال لا تنظر الى فخذي ميت قال ويجوز للمراة ان
ينظر من الرجل ما ينظر الرجل اليه منه ولان بدن الرجل ليس بعورة فجاز لها النظر
اليه فان كانت اذا نظرت اليه لا تامن ان تشتهي وكان غلبه اكثر رايها فاحب الي
ان يغض بصرها عنه لما فيه من مواقعة المحظور قال وينظر المراة من
الرجل ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل وذلك لان المراة لا تشتهي
غالبا كما لا يشتهي الرجل الرجل فاذا جاز للرجل النظر الى الرجل كذلك يجوز للمراة النظر

فان جاء روي عن ابي هريرة ان النبي عليه السلام قال من كان يومن بالله واليوم الاخر فلا يدخل
نساء عن ان يحمر حرام على النساء دخول الحمام الا مريضة او
نفساء وعن ابن عمر حرام على النساء دخول الحمام الا مريضة او نفساء وغيره ان ذكر قبله المراد
بذلك الحيض او النفاس ومنعهن من الخروج وفعل ابن عمر اقرب الى ستر عن
بدليل ان النساء دخلن في سائر الاعصار الحمام من غير نكير قال وينظر
الرجل من امته التي حل له وطؤها وزوجته الى فرجها وذكر الحاوي وروي عن عايشة انها قالت
ما رايت قط فرج غير فاطمة رضي الله عنها من ابيها وروي عن عايشة انها قالت
ما رايت فرج رسول الله صلى الله عليه وسلم قط وهو يقضي حاجته ولم يجز النظر
الى فرج غيره وان كان وجوده لا يجوز لانه استباح بجميع بدنها وحرمة
الاستباحة اعظم من حرمة النظر فجواز النظر اولى فان قيل روي عن عايشة
رضي الله عنها قالت قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم ما نظرت الى ما مني قيل له
هذا الابد على تحريم النظر وانما يثبت بذلك مكارم الاخلاق مع جواز النظر بدليل
ما قلناه قال ويجوز للرجل ان ينظر من ذوات محارمه الى الوجه والراس والصدر
والساقين والصدغين وذلك لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الا به فاباح ان يبدي لهؤلاء
موضع الزينة واليد موضع السوار والعنق موضع القرط والصدر موضع القلادة
والمراد بهذا النظر الذي ذكره وقد روي ان الحسن والحسين رضي الله عنهما كانا يقبلان اخاهما
ام كلثوم وعن مشكوة وعن محمد بن الحنفية مثله قال ولا ينظر الى ظهرها وبطنها
وذلك لقوله تعالى الذين يظاهرون من نسائهم فحرم الزوجة تشبيها بظهر امه فلو
جاز النظر الى ظهر امه لم تحرم زوجته حتى تشبهها بالحلال واما النظر الى البطن فلو
الصق لانه محل الشهوة قال ولا باس ان يسافر بها جاز ان ينظر اليه
منها لما روي ان النبي عليه السلام كان اذا اقدم من سفره قبل راس فاطمة رضي الله عنها

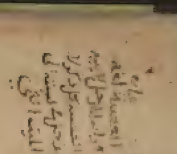
انه قبل راس عايشة ومحمد بن الحنفية قبل راس امه وروي ان محمد بن ابي بكر اذا دخل بيته
في خروج عايشة يوم الجمل تومنعها عما صورها فقالت من هذا الذي وضع يده
على موضع ما وضعها احد غير رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ولا باس ان ينظر الرجل من
جسم جاريته الى ما يجوز ان ينظر منه الى ذوات محارمه وذكر الحاوي روي عن ابي يوسف
انه كان لا يرى بالنظر الى الفخذ باسا وكان ابو حنيفة رحمه الله يكرهه وكان الامام ابو بكر محمد
بن الفضل رحمه الله يقول ان كان ممن يشتهي لا يجوز النظر الى الفخذ ولا الى ما فوقه
الى الركبة وان كان ممن لا يشتهي جاز النظر الى الفخذ والى ما فوقه الى الركبة
ولا يجوز النظر الى ما تحت الركبة الى القدم لانه ليس بعورة ولا يجوز النظر الى
الظهر والبطن لانه ليس بعورة ولا يجوز النظر الى الشعر النابت على الراس
لانه ليس بعورة ولا يجوز النظر الى الشعر المسترسل على الخد لانه ليس بعورة
ولا يجوز النظر الى الصدر والثدي لانه عورة قال ويجوز للرجل ان ينظر من
الرجل الى ما ينظر منه الى ذوات محارمه وذكر الحاوي روي عن ابي يوسف
انه كان لا يرى بالنظر الى الفخذ باسا وكان ابو حنيفة رحمه الله يكرهه وكان الامام ابو بكر محمد
بن الفضل رحمه الله يقول ان كان ممن يشتهي لا يجوز النظر الى الفخذ ولا الى ما فوقه
الى الركبة وان كان ممن لا يشتهي جاز النظر الى الفخذ والى ما فوقه الى الركبة
ولا يجوز النظر الى ما تحت الركبة الى القدم لانه ليس بعورة ولا يجوز النظر الى
الظهر والبطن لانه ليس بعورة ولا يجوز النظر الى الشعر النابت على الراس
لانه ليس بعورة ولا يجوز النظر الى الشعر المسترسل على الخد لانه ليس بعورة
ولا يجوز النظر الى الصدر والثدي لانه عورة قال ويجوز للرجل ان ينظر من

في العادة يشتري له اهله ما يحتاج اليه فهو كالماذون من طريق النطق وكذلك رقيقه والسفر هو في حكم اهله لانه هو الذي يقرب منه وعن ابي يوسف اذا رجع منها مزاحم امير ومخارف قال ادخل عليه بغير اذنهم لانكار المنكر وذلك لان المنع منه واجب فلم تجز الدخول الا باذنهم فلم يمكن المنع منه ● وعنه في رجل يريد ان يوصي وله ورثة صغار قال يتركه لورثته افضل لقوله عليه السلام ان تدع ورثتك اغنياء خير لك من ان تدعهم عالة يتكففون الناس ● وعن ابي بكر وعمر وعايشة رضي الله عنهم انهم قالوا الان يوصي بالربع احب الينا من يوصي بالثلث والان يوصي بالخمس احب الينا من يوصي بالربع قال ● واكره ان يوصي بالشعر والاكرع غير شعر ادم وذلك لانها افضل من الاوبار من الجزء لاحل الانتفاع بها وانما تجز الاوبار عنها وقوائم الشعر عظام الواصلة والمستوصلة وهي التي يصل شعرها بشعر غيرها وعلى هذا قال ابو حنيفة اذا سقط سن الرجل اكره ان يعيدها ولكن ياخذ سنا من شاة ذكية فيشدها مكانها وقال ابو يوسف لا باس بذلك وجه قول ابي حنيفة ان السن جزء اذا انفصل لم تحسن الحيوة الا زالة عن الخلقة حكما يكره ان ينتفع بسن غيره كذلك سنه وجه قول ابي يوسف ان السن لا يحس بانفصال العظم الحية بها وانما يكره سن غيره لانه مستقذر في العادة وذلك لا يوجد في سن نفسه ● وكان ابو حنيفة يكره خز الحرتة التي يسخى بها العروق لما فيه من التشبه بالجوسي وما فيه من الزينة وقد نص هو على ذلك ● ومن اصحابنا من قال ● انما يكره من ذلك الحرتة كبيرة لما فيه من يضيع المال ● وعن ابي يوسف في رجل مات وترك جرة واحدا نصف القاضي ان المال للجد وافتاه القاضيان الاخران بمذهب زيد ولذلك كره

اعدل لم يسع الا ان ياخذ شيئا لان للحكم لما اخر الاجتهاد لم يجز ان يفتي باجتهاد لما حكم به ولان الفقيه المفتي يذهب زيد ولو في الفصل يجوز ان يحكم بغير الحكم الاول فلذلك لا يجوز ان يفتي الاجتهاد ولو ان القاضي قسم المال بينهما على قول زيد وكان الحق عند ابي الجد او لم تحضر حتى يجوز ان يقضي ويقضي ولا يسعه ان ياخذ ما دفعه اليه القاضي اذا كان يرى انه بالحكم هذا على قول ابي يوسف ان قضاء القاضي لا يحل له ما هو حرام في اجتهاده فاما على قول محمد فحل له ذلك ● ولو ان فقيها عالما قال لامراته انت طالق البته وهو من رايه انه ثلث ثم عزم على ذلك ان امراته لم تطلق حتى راى انها تطليقة لذلك الوجه فامضاه ذلك وسعه ذلك وكانت امراته ولو كانت امراة رجل اخر وهو يراها واحدة فلم يذكر الرجعة ثم عزم على شيء لم يسعه حتى يراجعها لان العالم يسعه المقام معها لانه لما عزم على امضاء الاجتهاد حتى ظهر خلافه صار كالحاكم الذي راى مذهبا فحكم به حتى ظهر له خلافه فان الحكم الثاني ● ولو ان رجلا ليس بفقيه ابتلي بهذه المسالة فسالهم بعض الفقهاء فافتاه حرام فلم يعزم على شيء حتى استفتى فيها اخر فافتاه بخلاف ذلك فاخذ بقول الاول وعزم على ذلك فله ان يمسكها ويتزوجها ثانيا ولو كان الاول افتاه بالحل فعزم على ذلك ثم استفتى اخر فافتاه بالحرمة فله ان يتركها ولا يسعه ان يطاها بعد ذلك لان الاول لم يكن مفتيا له في ذلك الوقت وانما كان مفتيا له بعد ما عزم على ذلك فلا يعتبر ذلك

الذين يسقط بنات الابن الا ان يكون ثلاثا بعمر واسفل منهن الا ان يعصبهن
وذكر لعابا ان فرض البنات الثلثان لا واحد ومن علا ذكر وان بنات الابن
مقامهن عند عدمهن ولم يبق في مسئلتنا ما يقوم مقام بنات الابن
فيه مقام بنات الصلب فيسقطن بين ذكر ان لعمر مع البنت الواحدة السدس
وهو ما يبقى من فرض البنات ولم يكن له مستحق فقاموا فيه مقامهن
ولا خلاف في هذا فان كان مع بنات الابن ابن ابن فصاعدا ذكر يعصبهم
الا نثيين وعن ابن مسعود انه كان يجعل الباقي لابن الابن ولا يعصل بنات
الابن شيئا وكذلك كان يقول في الاخوان من الاب مع الاخوات من الاب والام
والباقي للاخ من الاب دون الاخوات قال ولان بنات الابن يقمن مقام
بنات الصلب فيأخذونه وقد استوعب البنات الثلثين ولم
يبق من فرض البنات شيء يأخذونه بنات الابن ولو قاسمن ابن الابن لزاد
فرض البنات على الثلثين وهذا الا يجوز فقيل له بنات الابن تارة يرثن
بالفرض وتارة بالتعصيب اخوهن لعصبتهن كما اخوات الصلب تارة
بالفرض وتارة بالتعصيب فلو افرد البنات لم يأخذن اكثر من الثلثين وان
كثرن ولو كان معهن اخ لعمر وهو عشر كان لعمر خمسة اسداس
المال لحصل لعمر في حال التعصيب اكثر مما حصل لعمر منفردات كذلك بنات
الابن يجوز ان يأخذن حال التعصيب زيادة على فرض البنات قال واذا
استكمل الاخوات من الاب والام الثلثان سقط الاخوان من الاب لان لا
يكون بعض الاخ اقرب فيعصبهم وهذا على ما بيناه في البنات وبنات الابن

سواء



سواء قال واقرب العصبات البنون ثم بنوهم وان سفلوا ثم الاب ثم الجد ثم بنو
الاخوة ثم بنو الجد ثم الاعمام ثم بنو الاب ثم بنو الجد وذكر القول على الجملة
الفرائض يعلم فيها ثلاث قرائب كل واحد منهن عصبة ذكر رد فلان به عصبة
ذكر ولا خلاف في اعتبار القرب سواء جاء الترتيب لا في الجملة على ما بيناه
قال واذا استوى بنو الاب في الدرجة فالاولى منهم كان لاب وام وذلك
لان الاخوة الذين للابوين وجب التقديم الدليل عليه الاخوات من الاخوات من الاب
والام والاخوات من الاب اذا اجتمعن قال والابن والابن والاخوة
يقاسمون اخواتهم للذكر مثل حظ الانثيين وقد ذكرنا ان قول الله تعالى يوصيكم الله في اولادكم
للذكر مثل حظ الانثيين وقد بينا ان الولد يتناول ولد الصلب وولد الابن
فتناول الآية لهم جميعا وقول الله تعالى وان كانوا اخوة رجالا ونساء للذكر مثل
حظ الانثيين وانما الاخوة يتناول من كان اب ام ومن كان اب قال
ومن هو ام من العصبات ينفرد دون بالميراث ذكورهم دون اخواتهم وذلك
القرآن لم يبين حالهم في ذلك وقد روي عن النبي عليه السلام انه قال ما ابقت الفرائض
فلاولى عصبة ذكر وقد قال ابن الاخوات من الاب والام ومن كان الاب
مع البنات وبنات الابن عصبة وهو على قول عمر وعبد الله بن مسعود وزيد
بن ثابت ومعاذ بن جبل معهم وقال عبد الله بن عباس احظ للاخت من الميراث
مع البنت وبه قال ابن الزبير وجه قولنا الاول حديث سراقة بن جعيل عن عبد الله بن عمر
ان النبي عليه السلام قضى في بنت وبنت ابن واخت لاب وام ان للبنت النصف وابنة
الابن السدس وما بقي فللاخت فاعطاها ما بقي من المال بعد انسهام وجعلها
عصبة



مع البنت فاما ابن عباس روي انه قيل له ان عليا وعبد الله وزيدا كانوا
يجعلون الاخوات عصبة مع البنات فقال ان تاهم اعلم ام الله قال الله تعالى ان
امرؤ هلك ليس له ولد وله اخت فلها نصف ما ترك وانتم تجعلون لها مع الولد
النصف الجواب ان الله تعالى نص على سهمها عند عدم الولد لم ينف ما
تستحق وجود الولد بالامر به وقوله عليه السلام فما ابقت الفرائض فلاولى
من الذكر عصبة للولي المعتق لانه عصبة للولي وذكر القول على الجملة
الولاء لحمة كلحمة النسب والنسب يتعلق بالميراث فالظاهر يقتضيه بالولاء
ولما روي ان رجلا اتى النبي عليه السلام ومعه غلام فقال عليه السلام من هذا فقال عبدي
رايته في السوق فاشتريته واعتقته فقال عليه السلام هو اخوك وسواء ان شكر لك
فهو خير له وشر لك وان كفر لك فهو خير لك وشر له وان مات ولم يترك
وفاء فانت عصبته ولا خلاف بين الامة في ذلك فان لم يكن المولى فلاقرب عصبته
لان الميراث ينتقل الى العصبات الاقرب فالاقرب كعصبات النسب قال
ولا يرث المرأة بالولاء الا ما اعتقت او اعتق من اعتقت معتق بنت
حمزة النصف وجعل النصف لبنت حمزة وقال عليه السلام المرأة تجوز ثلاثة
مواريث عتيقها وعتيقها والولد الذي لاعنت قال وحجب الام
من الثلث الى السدس بالجزء وقد بينا ذلك والاخوة والاخوات من الاب
يسقطون بالاخ من الاب والام وذلك لان ولد الاب يقومون مقام الولد
الاب والام كما يقوم ولد الابن مقام ولد الصلب ومعلوم ان ولد الابن
يسقطون مع الابن كذلك ولد الاب يسقطون مع الاخ من الاب والام

قال

قال والفاضل عن فرض البنات لبني الابن واخواتهم ذكرهم مثل حظ الانثيين الفاضل
عن فرض الاخوات لاب وام للاخوة والاخوات من الاب للذكر مثل حظ الانثيين
وقد بينا وجه ذلك قال واذا ترك بنتا وبنات ابن وبني ابن فللبنت النصف
والباقي لبني الابن واخواتهم للذكر مثل حظ الانثيين وكان ابن مسعود رضي الله عنه
يجعل الاخوات من الاب اخوات من المقاسمة والسدس ليكمل لولد الابن
لو انفرد اقتسموا المال للذكر مثل حظ الانثيين كذلك اذا كان معهم ذو سهم
جعله اذا كان معهم ذو البنت وكذلك ولد الاب يقتسمون اذا انفرد واكذلك
مع ذوي سهم وجه ما قال ابن مسعود انه قد ثبت ان بنات الابن انفردن
مع الاستكمال كن لهن اكثر من السدس كذلك لو كان معهن من هو عصبة فالوكان
معهن ابن عم وكذلك الاخوات من الاب لو انفردن مع الاخت من الاب لم يكن لهن
غير السدس الجواب ان بنات الابن والاخوات من الاب تارة بالفرض تارة
بالتعصيب فاذا ورثوا بالفرض لم يجز ان زادوا على فرض البنات وعلى فرض الاخوات
فاذا ورثوا بالتعصيب فاسهم اقوى حالا كانوا انفردن وكان معهن
ذو سهم اخوفا باذا كان معهن ابن عم فلا يرثن بالتعصيب واذا كان معهن
ابن ابن واخ من الاب لا يعصبن بل يرثن بالتعصيب فافترقا الوجه الثاني قال
ومن ترك ابني عم احدهما اخ لام فللاخ للام السدس والباقي بينهما وهو قول
علي وزيد قال ابن مسعود المال كله للاخ من الام وجه قول الاولين ان الاخ من الام
ليس له فرض يكونه اخا وقد شاركه ابن عم في كونه ابن عم فوجب ان يشتركا في الفرض
يشاركه في التعصيب اصله بني عم احدهما زوج وجه قول ابن مسعود

اخوة لاب وام قال ش والفاضل عن فرض الاخوة لام اذا لم يكن عصبة
مردود عليهم بقدر سهامهم لا على الزوجين وقال الشافعي الفاضل عن السهام
ليست له بل لبيت المال وروي عن علي انه قال تعول المرأة ثلث موارثها
وقال ابن عباس لو قبلوا قولي لعلت فريضة لا يخرج منها ولا يبقى
لاحد نصيبه الا ورد عليه نصيبه وهو قول الحسن وابن سيرين وقال
الباقون لا يدخل النقص على احد من الورثة وهو الذي ذكره
عمر وعلي وعبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت وهو
قول الاشعري وقال عمر وعبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت لو
ولي احدكم الميراث لبدأ بنفسه ثم بامه ثم بولده ثم بابيه ثم
بالاقرب فالاقرب وقال ابن عباس ان شاء لاعن نفسه وان شاء
لاعن ابيه وقال ابن عباس ان شاء لاعن نفسه وان شاء لاعن ابيه
ثم لاعن ابيه ثم لاعن ابنه ثم لاعن اخيه ثم لاعن اخته ثم لاعن
اخيه ثم لاعن اخته ثم لاعن ابنه ثم لاعن ابنه ثم لاعن ابنه
ثم لاعن ابنه

# كتاب الفرائض

معرفة نصيب الاخت ضربت سهامها وهو اربعة وعشرون في التركة يكون الد
رابع فلورثة اربعون لم ينقسم على سهام الفريضة وهي ثمانية واربعون تخرج ثلثون
وهو نصيبها من الدنانير وعاهز فتخرج نصيب الاعمام قال ✠ واذا لم
ينقسم التركة حتى مات احد الورثة فان كان نصيبه من الميت الاول ينقسم على ورثته
فقد صحت المسئلتان مما صحت الاولى منه مثال ذلك زوجة واخت من اب وعم
اعمام فللزوجة الربع وللاخت النصف والباقي للاعمام اصل المسئلة من اربعة
للزوجة سهم وللاخت سهمان وللاعمام سهم لا ينقسم على عددهم فنضرب
عددهم وهو خمسة في اصل المسئلة وهو اربعة يكون عشرين ومنه تصح
المسئلة من اربعة للزوجة خمسة اسهم وللاخت عشرة وللاعمام سهم
لم ينقسم التركة حتى مات الزوجة وتركت خمسة اخوة لاب صححنا لهم من خمسة
وقد مات عن خمسة اسهم وذلك ينقسم على ورثتها فقد صحت المسئلتان من
عشرين قال ✠ فان لم ينقسم بنى ما اصاب الميت الثاني على ورثته صحت
فريضة الميت الثاني كما بينا في باب التصحيح ثم ضربت احدى المسئلتين في الا
خرى ان لم يكن بين سهام الميت الثاني وما تصح منه فريضته موافقة وهذا
الذي ذكره مثاله زوجة واخت لاب وثلثة اعمام اصل المسئلة من اربعة وتصح
من اثني عشر ثم يقسم التركة حتى مات الزوجة وتركت خمسة اخوة
فصححنا لهم من خمسة وقد مات عن ثلثة اسهم لا ينقسم على خمسة ولا يوا
فق فنضرب المسئلة الثانية وهي خمسة في المسئلة الاولى وهي اثنا عشر
ويكون ستين ومنه تصح المسئلتان كل من له شئ من المسئلة الاولى مضروب

لما المسئلة الثانية ومن له شئ في المسئلة الثانية مضروب له فيما مات عنه ميته
كان للاخت الميت الاول من المسئلة الاولى ستة اسهم مضروبة لها في المسئلة الثا
نية وهي خمسة يكون ثلثين وهو نصيبها وكان لاعمام الميت الاول من المسئلة
الاولى ثلثة اسهم مضروبة له في المسئلة الثانية يكون خمسة عشر وهو نصيبهم
وللاخ واحد من اخوة الميت الثاني من المسئلة الثانية سهم مضروب له فيما مات
عنه ميته وهو ثلثة اسهم تكون ثلثة وهو نصيبه قال ✠ وان كانت
سهام الميت الثاني موافقة للمسئلة فاضرب وافق المسئلة الثانية في المسئلة
الاولى فما اجتمع صحت منه المسئلتان وكل من له شئ من المسئلة الاولى مضروب
في المسئلة الثانية وكل من له شئ في المسئلة الثانية مضروب له في وفق ما مات
عنه ميته مثال ذلك زوجة واخت لاب وخمسة اعمام اصل المسئلة من اربعة
وتصح من عشرين ثم يقسم التركة حتى مات الاخت وتركت زوجا وامّا وثنا
وعما فمسئلتها من اثني عشر وقد مات عن عشرة اسهم وذلك لا ينقسم
على مسئلتها لكن يوافقها بالانصاف فتضرب نصف المسئلة الثانية وهي
ستة في جميع المسئلة الاولى وهي عشرون يكون مائة وعشر ومنه تصح
المسئلتان كان لزوجة الميت الاول من المسئلة الاولى خمسة اسهم مضرو
بة لها في وفق الثانية وهي ستة يكون ثلثين وهو نصيبها وكان للاعمام الميت
الاول من المسئلة الاولى خمسة اسهم مضروبة في ستة يكون ثلثين لكل واحد
ستة ولزوج الميت الثاني من المسئلة الثانية ثلثة اسهم مضروبة له في
وفق ما مات عنه ميته وهو خمسة يكون خمسة عشر وهو نصيبه

ولاخ الميت الثاني من المسئلة الثانية ستة اسهم مضروبة لها في خمسة
يكون ثلثين وهو نصيبها ولم الميت الثاني من المسئلة الثانية ثلثة اسهم
مضروبة له في خمسة يكون خمسة عشر وهو نصيبه قال ✠ فاما ثلث
فلو قسمة التركة عملت عما ذكرنا في الميت الاول والثاني وجعلت ذلك
بمنزلة مسئلة واحدة ثم عملت مسئلة الميت الثالث مثل ما كنت تفعله في
المسئلة الثانية وعلى هذا القياس اذا مات رابع او خامس قال ✠ واذا صحت
مسئلة المناسخة واردت معرفة ما يصيب كل واحد من سهام الدراهم فقسم
ما صحت منه المسئلة على الثانية واربعين فما خرج اخذت له من سهام كل وارث
حينه مثال هذه المسئلة للمتقدمة وتصح من مائة وعشرين فاذا قسمناها ذكر
على مائة واربعين خرج من الفيء الثان ونصف وهو حصة فاذا اردت معرفة
نصيب زوجة الميت الاول وهو ثلثون اخذه كل اثنين ونصف حينه يكون
لها اثنا عشر حينه وقدره من الدراهم دانق ونصف وللاعمام مثل ذلك ولزوج
بنت الثاني خمسة عشر وقدره ستة حبات وهو ثمن درهم ولكل واحد من الثلثة
الباقين من اخوة الميت الثاني ثلثون سهما وقدرها دانق ونصف وعلى هذا القياس نعمل جميع
ما ياتي من المسائل ان شاء الله ✠ وقد بينا على ما ضمنا ايداعه في
هذا الكتاب والوجه الى الله تعالى في ان ينفع الناظر فيه به وهو
عز اسمه انه وكريم يسمع ويجيب وهو في اكثر ما يسئل
خلاف بعض المسائل وهو حظ من اياس وفوائد جمة ذلك على

ما يقتضيه مذاهب اصحابنا رحمه الله عليهم اجمعين ✠✠✠✠
تمت الكتاب بحمد الله ومنه وله الحمد الله رب العالمين
وصلى الله على سيدنا محمد النبي وآله الطيبين الطاهرين

وقع الفراغ منه يوم الاثنين سابع شهر جمادي الاخر
من سنة ثمان وعشرين وسبعمائة على يد نبينا محمد عليه افضل السلام
وهو على مذهب الامام الاعظم ابي حنيفة سراج الامة ابا حنيفة
نعمان بن ثابت رضي الله عنه وعن الدين وعن جميع اصحابه

وكتب لنفسه ذكريا بن يحيى بن سالم بركة بن حسن بن فرقد احمد الله عليهم
صالح دار بكر حراسها ما ردين عمر الله تعالى ما دامت السموات والارض

مسئلة ولو ان امرأة لها ولد رضيع فاخذت
ولدا اجر للرضاع فماتت المرأة ولم يعلم احدهما
ولد المرأة لم يرث واحد منهما صاحبه من المرأة ن

مسئلة ولو ان حرة وامة ولد كل واحد منهما
في بيت مظلم ولم يعرف كل واحد منهما ولد من فماتتان
للمرأتان ولم يرثان الولدان منهما ويسعى الولدان جميعا

كل واحد منهما نصف قيمة ثوبي الحمارية وما بقي البيت للمال
وان كان احد الولدين ذكرا والآخر انثى وكل واحد منهما
يدعي الذكر فالبيت بينهما نصفان فان قال الذكر منهما انا ابن الاكثر
والقلم ابن الانثى مسألة وزنا بامرأة فاقتضاها
فان كان يستمسك البول فعليه الحد وان لا فلا
فعليه الحد وديه كاملة
مسألة المرأة في الوصية والاقرار كالرجل واجمعوا
ان المرأة ترث من الاثلثة اشياء بالولد اذا لم يكن
لها نسب معروف والزوج اذا لم يكن لها زوج معروف
وصدقها الزوج والمولى اذا لم يكن لها مولى معروف
مسألة قال امرأة جلست في زمن نصير بن يحيى
فمر بكر وكان زوجها جامعها فيما دون الفرج فلما قام
أو أتى ولادتها اخبر نصيرا فاحضرها بيضة
فحفوها بيضة واقتضت بكارتها فولدت فقيل له
في ذلك فقال نصير اذا ارش الماء على بيض وفرخ كوز
فربما يقع قطرة الماء في الكوز وايضا جلست في زمان
الفقيه أبي الليث وهي بكر وكان زوجها جامعها فيما دون الفرج وغاب زوجها
فلما ولدت ولادتها امرأة ان يقطع عذرتها بحرف الدم فقطع حتى خرج
الولد

مسألة واذا مات المرأة وفات زوجها
وتزوجت بزوج آخر وولدت منه فجاء الاول
حيا فانه في قول ابي حنيفة الولد للاول وقال ابو يوسف
ان ولدت لاكثر من ستة اشهر منذ تزوجها الثاني
فالولد للثاني وقال محمد ان ولدت لاكثر من سنتين منذ
دخل بها الزوج الثاني فالولد الثاني والا فلا
فمتى للاول مسألة مبنية على الغلط
واذا ربط اثنان في مربط واحد فولدت احدى
الاتانين بغلا والاخرى حمارا وهما صاحب الحمارين
كل واحد منهما يدعي ان البغل ولد اتانه دون الاخر وان اتانه
هي التي ولدته فانه يقضي بينهما بالبغل نصفان
لاستوائهما في الدعوى وولد الحمار لبيت المال
لانه مال ضائع فصار كاللقطة وهذا
في الاضحية اذا ربطا اضحيتهما في مربط واحد

ثم غلطا فتنازعا وادعى كل واحد منهما يدعيها
لنفسه ولا يدعي الآخر احد فقضى المتنازع بينهما
لاستوائهما في الدعوى والاضحية من الاضحية
كانت بين اثنين والثالثة يتصرف الى بيت المال
مسألة ولو ان رجلا وضع ولده الرضيع
المسجد ليلا ثم ندمه فرجع ليرفعه فاذا فيه ولد
لا يعرف ولده من غيره فرفعهما ثم مات الرجل
قبل ان يعرف ولده لم يصر ماله ميراثا لواحد منهما
بل يوضع في بيت المال وينفق الامام عليهما من ثم
ولا يرث واحد من الولدين الآخر